

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL NAS AÇÕES DIRETAS DE CONSTITUCIONALIDADE E  
DE INCONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL**

**HELVÉCIO DE BRITO MAIA NETO**

**DISSERTAÇÃO**  
**MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**2015**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

**A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

**HELVÉCIO DE BRITO MAIA NETO**

DISSERTAÇÃO Orientada pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais  
e Coorientada pela Professora Doutora Gisela Maria Bester

**MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**2015**

HELVÉCIO DE BRITO MAIA NETO

**A MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Jorge Reis Novais, e a coorientação da Professora Doutora Gisela Maria Bester.

Avaliada pela Banca Examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

---

Professor Orientador – Doutor Jorge Reis Novais

---

Prof.(a) Dr.(a)

---

Prof.(a) Dr.(a)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pela oportunidade de concretizar mais um sonho ao longo de minha jornada. Aos meus familiares meu mais sincero obrigado, pois sempre foram os maiores prejudicados com os longos períodos de ausência e, mesmo assim, se desprenderam de seus sentimentos e emoções para me fortalecerem durante a realização deste trabalho.

Ao Professor Orientador Doutor Jorge Reis Novais, pela confiança depositada e incentivo demonstrado com seu exemplo de vida acadêmica.

Por fim, à Professora e Coorientadora Doutora Gisela Maria Bester, por não medir esforços em contribuir com seu suporte, correções e carinho.

### **Dedicatória**

Dedico esta dissertação à minha amada esposa Marluza Suely Pereira Maia, pelo apoio, fé, confiança e amor incondicional demonstrados ao longo de 37 anos de caminhada ao meu lado, tornando, diuturnamente, a estrada mais leve e agradável.

## RESUMO

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos surgiu com a Constituição Imperial de 1824, e sua evolução, acompanhando as Cartas Políticas seguintes, atingiu um modelo próprio de controle com a promulgação da Constituição de 1988. A pesquisa procura descrever os paradigmas utilizados para nortear as declarações de incompatibilidade com o texto constitucional, o pronunciamento judicial de inconstitucionalidade, assim como o alcance das declarações de nulidade, com especial destaque à modulação dos efeitos, recepcionada na ordem jurídica positiva por meio da Lei nº 9.868/1999. A aplicação prática de tais conceitos será analisada à luz de casos concretos submetidos à Corte Constitucional: Recurso Extraordinário nº 197.917, que questiona o número de vereadores no Município de Mira Estrela, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240, que impugna a lei que criou o município de Luís Eduardo Magalhães, e o Recurso Extraordinário com Agravo nº 709.212, que modificou o prazo de prescrição aplicável à cobrança de valores não depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Pretende-se, ao final, identificar alguns problemas decorrentes da utilização de técnicas alternativas de restrição à eficácia de leis declaradas inconstitucionais e os consequentes desdobramentos críticos decorrentes de eventual falha na sua aplicação.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Efeitos das decisões judiciais. Modulações temporais. Anomalias. Análise crítica.

## ABSTRACT

The law and normative acts constitutionality control came up with the Imperial Constitution of 1824, and its evolution, attached to the next Politics Letters, reached to a proper model of control with the Constitution of 1988 promulgation. This research seeks to describe the paradigms used as monitors to the incompatibility statements with the Constitution, the judicial pronouncement of unconstitutionality, as well as the scope of declarations of nullity, with special emphasis on modulation of its effects, received by the positive judicial order through Law No. 9,868 / 1999. The practical application of these concepts will be analyzed under actual cases submitted to the Constitutional Court: Extraordinary Appeal No. 197,917, which questions the number of councilors in the city of Mira Estrela, Direct Action of Unconstitutionality No. 2240, which challenges the law that created the city Luis Eduardo Magalhães, and the Extraordinary Appeal with Objection No. 709,212, which revised the limitation period applicable for the amounts not deposited in the Guarantee Fund for Time of Service (FGTS) recovery. This work intends, at the end, to identify some problems with the use of alternative techniques for restriction of to the efficacy of laws declared as unconstitutional, and the existing consequential critical developments related to this application failure.

**Keywords:** Constitutionality control. Brazil. Federal Supreme Court. Effects of judicial decisions. Seasonal modulations. Anomalies. Critical analysis.

## LISTA DE SIGLAS E DE ABREVEATURAS

ADC - Ação Declaratória de Constitucionalidade  
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão  
ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
AgR - Agravo Regimental  
ampl. - ampliada  
art. - artigo  
atual. - atualizada  
CF - Constituição Federal brasileira vigente  
Cf. - Conforme  
CRFB - Constituição da República Federativa Brasileira, de 1988  
Dec. - Decreto  
DF - Distrito Federal  
DJ - Diário da Justiça  
DJE - Diário da Justiça do Estado  
DJU - Diário da Justiça da União  
EC - Emenda Constitucional  
ed. - edição  
*etc.* - *et coetera* (e assim por diante)  
FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Min. - Ministro(a)  
MJ - Ministério da Justiça  
nº- número  
*op. cit.* - *opus citatum* (obra citada)  
p. - página  
PE – Pernambuco (Estado da federação brasileira)  
PEC - Proposta de Emenda à Constituição  
Pet. - Petição  
RCL - Reclamação  
Rel. - Relator  
Res. - Resolução  
rev. - revista



RT - Revista dos Tribunais (editora)

ss. - seguintes

SP - São Paulo (Estado da federação brasileira)

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

v. - volume

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>SISTEMAS UTILIZADOS NA VERIFICAÇÃO DA VALIDADE DAS LEIS E DE OUTROS ATOS NORMATIVOS EM FACE DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS11</b>	
2.1	ORIGEM HISTÓRICA E CONFIGURAÇÃO DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	12
2.1.1	Sistema norte-americano .....	15
2.1.2	Sistema austríaco.....	21
2.1.3	Sistema alemão .....	24
2.1.4	Sistema francês e controle político de constitucionalidade.....	25
2.1.5	O peculiar caso da Inglaterra .....	27
2.2	SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL .....	30
2.2.1	A discussão sobre o controle de constitucionalidade na época da Constituição Imperial de 1824.....	30
2.2.2	A Proclamação da República, a nova ordem constitucional e o controle incidental de constitucionalidade.....	33
2.2.3	A Constituição de 1934 e a inovação da Representação Interventiva .....	36
2.2.4	As arbitrariedades do Estado Novo e a Constituição de 1937.....	38
2.2.5	A volta do Estado de Direito, a Constituição de 1946 e a retomada do desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade .....	40
2.2.6	O golpe civil-militar e as Constituições de 1967 e de 1969 .....	42
2.2.7	A redemocratização do Brasil, a Constituição de 1988 e as profundas alterações no sistema de controle de constitucionalidade .....	45
<b>3</b>	<b>EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E ABSTRATO NO BRASIL .....</b>	<b>49</b>
3.1	O PARADIGMA CONSTITUCIONAL E AS MANIFESTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	52
3.2	O MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO CONTROLE E O ÓRGÃO DEFENSOR DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS .....	54
3.3	O PRONUNCIAMENTO REPRESSIVO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA DIFUSO E CONCENTRADO .....	57

3.4 PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM MATÉRIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL: DECLARAÇÕES DE NULIDADES .....	60
3.4.1 Declaração de nulidade total.....	61
3.4.2 Declaração de nulidade parcial .....	63
3.4.3 Declaração de nulidade parcial sem redução de texto.....	63
3.5 A ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DIANTE DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO.....	65
3.6 AS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO E OS EFEITOS DE SUAS DECISÕES.....	72
3.6.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação .....	73
3.6.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.....	77
3.6.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade .....	83
3.6.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental .....	86
3.6.5 Representação Interventiva.....	88
<b>4 A MODULAÇÃO TEMPORAL NAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE PRATICADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO: ESTUDOS DE CASOS.....</b>	<b>91</b>
4.1 A MODULAÇÃO TEMPORAL E OS CONCEITOS INDETERMINADOS: SEGURANÇA JURÍDICA E EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL .....	91
4.1.1 Aspecto Objetivo .....	100
4.1.2 Aspectos Subjetivos .....	100
4.1.2.1 <i>Segurança Jurídica</i> .....	100
4.1.2.2 <i>Excepcional Interesse Social</i> .....	103
4.2 EFEITOS ANÔMALOS CRIADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ESTUDO EMPÍRICO .....	109
4.2.1 Análise do RE nº 197.917/ SP - Número de Vereadores .....	110
4.2.2 Análise da ADI 2.240/ BA – Criação do Município de Luís Eduardo Magalhães .....	118
4.2.3 Análise do RE 709.212/ DF – Prazo Prescricional para cobrança de FGTS.....	128
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>137</b>
<b>5 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>141</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ocupa o ápice do sistema normativo, que legitima o ordenamento jurídico e serve de fundamento lógico de validade às leis. Sua superioridade é resultado não apenas da estabilidade advinda da rigidez, mas principalmente por trazer em seu texto preceitos referentes à organização social, política, econômica e jurídica, além de consagrar direitos e garantias fundamentais.

A pesquisa se propõe, a partir de uma perspectiva histórica, a rememorar as discussões acadêmicas e doutrinárias suscitadas sobre a competência dos poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário) para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos que se encontram em desarmonia com a Constituição.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo e, a partir de um estudo teórico acerca do surgimento do constitucionalismo, e da consequente supremacia da Constituição, passou-se a analisar os mecanismos capazes de garantir a higidez do seu texto, de onde exsurge a imprescindibilidade do sistema de controle de constitucionalidade.

Inicialmente, no capítulo dois, pretende-se, por meio do panorama histórico do controle de constitucionalidade no direito comparado e nas diversas constituições brasileiras, obter subsídios suficientes à compreensão do sistema atual, que teve seu aperfeiçoamento balizado pela experiência e análise da realidade. Com isso, busca-se demonstrar como o controle constitucional de normas avançou no Brasil, desde a Constituição Política do Império, outorgada por D. Pedro I, que previa o controle das decisões dos três poderes por um quarto poder, denominado Poder Moderador, até a redemocratização do Brasil e as mudanças geradas no sistema fiscalizatório.

Segue-se, no capítulo três, à análise minuciosa dos efeitos gerados pelas decisões judiciais nos modelos de controle concentrado e difuso, do alcance da declaração de nulidade – total, parcial, parcial sem redução de texto –, fazendo-se breve introdução à declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos.

No quarto e último capítulo, são abordados os efeitos modulares das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mecanismo de que tem se valido a Corte Superior, como forma de minimizar a instabilidade jurídica gerada pela aplicação irrestrita da teoria da nulidade, no resguardo da segurança jurídica das relações sociais.

A pretensão do estudo, portanto, é determinar – por meio da análise doutrinária, do direito comparado e de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal –, a aplicação das

técnicas de modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, e o alcance da declaração de nulidade, no Brasil.

## 2 SISTEMAS UTILIZADOS NA VERIFICAÇÃO DA VALIDADE DAS LEIS E DE OUTROS ATOS NORMATIVOS EM FACE DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

A positivação constitucional mínima, consistente no estabelecimento de regras essenciais de organização dos poderes, forma de Estado e regime de governo, assim como a consagração de direitos fundamentais e o estabelecimento de preceitos constitucionais básicos, são fundamentais para a manutenção da sociedade politicamente organizada, mormente em um Estado Democrático de Direito.

A despeito do tema, Jürgen Habermas, em sua obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, esclarece que:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas, têm que ser implementados.<sup>1</sup>

Acrescenta, ainda, que “o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é pressuposto por ele: ele mesmo se estabelece em formas do direito”.<sup>2</sup>

Numa perspectiva história, o constitucionalismo passou a se manifestar de forma diretamente proporcional à gradativa derrocada de governos absolutistas e concomitante ao surgimento dos primeiros textos constitucionais europeus, os quais se materializaram por meio de um pacto firmado entre o soberano – detentor do poder estatal – e os grupos contextualmente fortes e organizados, capazes de lhe impor alguma restrição, ainda que mínima.

Sobre o tema, João Bosco Marcial de Castro lembra que foi a Constituição norte-americana que “inaugurou o constitucionalismo com a concepção de supremacia de suas normas em relação às leis ordinárias.”<sup>3</sup>

Essa afirmação do constitucionalismo como um novo paradigma no mundo ocidental, assim como a positivação das regras de organização estatal, trouxeram como consequência a subsunção do ordenamento jurídico às normas constitucionais, bem como o necessário exame

<sup>1</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 171.

<sup>2</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>3</sup> CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012. p. 26.

de sua validade, geralmente feito por meio de um Tribunal Constitucional, utilizando como instrumento regras de controle de constitucionalidade especificamente fixadas para tal.

Portanto, antes de adentrar ao estudo dos meios de controle das leis e de outros atos normativos em relação à Constituição, é primordial a realização de um breve esboço histórico, a fim de se conhecer a origem dos textos que legitimam a positivação dos ordenamentos constitucionais, bem como o surgimento dos modelos de controle de constitucionalidade utilizados pelos órgãos e poderes responsáveis pela verificação da conformação das leis e demais atos normativos com o texto superior de cada ordenamento.

## 2.1 ORIGEM HISTÓRICA E CONFIGURAÇÃO DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O estudo acerca do surgimento das Constituições, na forma como são concebidas hodiernamente, deve anteceder o estudo do controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos, uma vez que este costuma ser previsto por aquelas, ou delas deriva, ainda que implicitamente, em função de sua soberania.

O primeiro texto constitucional, assim reconhecido pelos estudiosos, remonta a 1215, e recebeu a denominação de *Magna Cartha Libertatum*, imposta por barões feudais ingleses ao monarca da Grã-Bretanha conhecido como João Sem Terra. Escrito em latim, o documento previa a liberdade da Igreja (liberdades eclesiásticas), as prerrogativas municipais, a moderação da tributação dos mercadores, o direito de ser condenado somente após o julgamento por seus pares e segundo as normas do direito. Tal codificação surgiu do sentimento de insatisfação das “elites” da época com o monarca, por essa razão seu objetivo não era codificar a lei máxima das nações que formavam a Grã-Bretanha, mas diminuir os excessos praticados pelo rei.<sup>4</sup>

O período a que se refere o parágrafo anterior, que contribuiu para o surgimento do constitucionalismo, remonta à Idade Média e às declarações de direitos que se sucederam, na Idade Moderna, tanto na Inglaterra quanto em relação às suas ex-colônias, à época Estados Unidos da América.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 23, n. 91, p. 138, jul./set., 1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10 abr. 2014.

<sup>5</sup> BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional. Fundamentos teóricos*. Volume I. São Paulo: Manole, 2005. pp. 39 e ss.

Segundo Castro, durante a Revolução Gloriosa, no ano de 1688, elaboraram-se duas leis que “representavam a primeira Constituição escrita da Inglaterra”, sendo elas o *Agreement of The People* e o *Instrument of Government*, as quais dispunham sobre “a separação de poderes e a declaração de nulidades e de ineficácia de leis que lhe contrariassem a liberdade de consciência”.<sup>6</sup>

Outros textos, como a Constituição francesa de 1946, a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 e a Constituição Imperial alemã de 1871, nasceram do ideal revolucionário pós-guerra<sup>7</sup>, declarando o Estado posto pelos cidadãos, e não mais pelo soberano.

Com o passar do tempo, no mesmo contexto inglês, outros textos foram surgindo, como a *Petition of Rights* (1628) – com previsão de direitos e liberdades dos súditos –, o *Habeas Corpus Act* (1679) – utilizado para acabar com as prisões arbitrárias –, o *Bill of Rights* (1689) – delimitante do poder do monarca à declaração dos direitos ali contidos –, e o *Act of Settlement* (1701) –, criado para garantir o poder do parlamento e a sucessão do trono por religiosos protestantes.<sup>8</sup>

Do mesmo modo, outros países foram desenvolvendo suas codificações nesse sentido, as quais mostravam ser resultado ainda do direito natural, escritas para solucionar problemas próprios de seu tempo. Consoante ilustra Paulo Ferreira Cunha, “a Constituição natural, histórica, tradicional, é esparsa, não compilada em geral, fruto do fluir e do sedimentar dos tempos”. Daí ser possível concluir que por mais absolutistas e totalitários que fossem os governos, os Estados sempre contavam com uma norma mínima responsável por conferir poderes àqueles que o exerciam.<sup>9</sup>

No entanto, se a experiência constitucional for considerada como a limitação do poder político, pode-se citar como o marco histórico do nascimento do constitucionalismo a experiência do antigo Estado Hebreu, teocrático, refreado que era pelos dogmas religiosos consagrados na Bíblia, e, depois, da Grécia Antiga, onde durante dois séculos existiu um “Estado político plenamente constitucional”, que adotava a mais avançada das formas de governo – a democracia constitucional –, conforme ensinamentos clássicos de Karl Loewenstein.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> CASTRO, João Bosco Marcial de. Op. cit., p. 22.

<sup>7</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 31.

<sup>8</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 55.

<sup>9</sup> CUNHA, Paulo Ferreira. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid juris, 2006. p. 103.

<sup>10</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. pp. 154-155.



Contudo, o que aqui importa frisar é que, até os primeiros textos constitucionais escritos, medievais e da Idade Moderna, tentava-se conter somente o poder absolutista, não existindo qualquer modelo de controle dos demais atos – leis, cartas, decretos – em relação a um texto constitucional único considerado hierarquicamente superior.

O primeiro relato expresso de controle de constitucionalidade, caso *Marbury v. Madison*, ocorreu nos Estados Unidos da América, em 1803, poucos anos após a promulgação da sua Constituição, cujo texto apresentava algumas inferências relativas à ideia de supremacia em relação ao restante do ordenamento jurídico, pois foi a primeira Constituição escrita enquanto texto único e dotado de rigidez.<sup>11</sup> Essa experiência inicial de adequação das leis e de outros atos normativos somente foi possível por ser a Carta norte-americana codificada e pensada para ser um *corpus* autônomo.

A evolução quanto a esse entendimento decorre de uma base sólida, ancorada na separação dos poderes, conforme a concepção de Montesquieu, e nas declarações de direitos e garantias dos cidadãos. Assim como estavam presentes nos Estados Unidos da América, essas duas premissas também marcaram o surgimento da primeira Constituição francesa, em 1791, escrita após a sangrenta Revolução Francesa, positivando as realizações alcançadas, como a nacionalização dos bens eclesiásticos e a queda do sistema feudal e aristocrático para dar lugar ao surgimento de uma sociedade burguesa e capitalista. Teve como preâmbulo a conhecida “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão,” de 1789, utilizada como inspiração para outras cartas, como a da Espanha, da Itália e da Noruega.<sup>12</sup>

Na pertinente lição de Jorge Reis Novais<sup>13</sup>, o advento do Estado absoluto beneficiou, em uma primeira fase, a ascensão da burguesia como classe, com a gradativa ruína dos privilégios feudais e de outros entraves medievais que a impediam de prosperar economicamente, sendo que, ao final do século XVIII, a própria classe burguesa já tentava se libertar do dirigismo e do paternalismo típicos da intervenção do Estado de polícia, que agora constituíam um entrave ao pleno desenvolvimento da sua atividade empresarial. Logo, almejava conquistar o poder político depois de já ter adquirido o poder econômico, o que, no plano jurídico, traduzia-se na necessidade de restringir o poder político, “racionalizando o seu exercício através da sua prévia regulação e limitação jurídicas”, assim como de “controlar a actividade da Administração através da sua submissão à lei”, e ainda de “garantir o livre

---

<sup>11</sup> PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro*. Porto Alegre: SAFE, 2012. pp. 26 e ss.

<sup>12</sup> NOVELINO, Marcelo. Op. cit., p. 63

<sup>13</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. pp. 18-19.

desenvolvimento da actividade económica, protegendo-a de quaisquer intervenções estatais não previstas e, assim, genericamente, garantir a liberdade dos cidadãos.”<sup>14</sup>

Nascia, dessa forma, uma nova concepção do Estado, dos seus fins e das suas relações com os cidadãos, conforme segue ensinando Novais:

Diferentemente do que acontecia nos tipos históricos de Estado pré-constitucionais, surge agora a ideia de organização e limitação jurídicas do Estado com vista à protecção dos direitos dos cidadãos, o que significa, no fundo, a ideia de uma Constituição para o Estado. Procurava-se, assim, garantir uma esfera de autonomia, liberdade e segurança dos cidadãos face ao Estado e prosseguia-se esse objectivo através do Direito, ou seja, essencialmente através e a partir da existência de uma Constituição e da subordinação de todos os poderes do Estado à lei. Nos finais do século XVIII o êxito das Revoluções americana e francesa constitui o marco histórico decisivo que assinala a vitória desse novo projecto político que, inspirado originariamente na ideologia liberal, prenunciava a instauração generalizada de um novo tipo histórico de Estado ao longo dos séculos XIX e XX - o Estado de Direito.<sup>15</sup>

A verdade é que os primórdios do controle de constitucionalidade se confundem com a história da criação de um texto fundamental escrito, amparando-se na sólida doutrina do poder constituinte originário<sup>16</sup>, com conteúdo de maior permanência e superioridade sobre as outras leis. Essa é a semente da doutrina constitucional moderna, de onde decorrem as noções de rigidez constitucional<sup>17</sup>, diferenciações entre leis constitucionais e ordinárias, reforma e intangibilidade constitucional, até se chegar à certeza da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico.

Aceita a superioridade da Constituição, surge a necessidade de adequar as normas inferiores aos preceitos ali instituídos, por meio de técnicas desenvolvidas com o objetivo de defendê-la. Sobre o tema, dois sistemas de controle de normas merecem um estudo mais aprofundado, pois serviram de inspiração à maneira como o Direito Brasileiro se organizou para atuar quanto à verificação da validade de normas em face da Constituição Federal: o americano e o austríaco. A par deles, far-se-á breve incursão nos demais sistemas europeus de controle de constitucionalidade, com alguma representatividade.

### 2.1.1 Sistema norte-americano

<sup>14</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., pp. 18-19.

<sup>15</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>16</sup> Conforme a clássica obra: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

<sup>17</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do controle de constitucionalidade*. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library)>. Acesso em: 23 abr. 2014. pp. 2 e ss.

Como já se enunciou, o sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América surgiu em 1803, contemporaneamente ao sistema Federalista de Governo, à Constituição e à Corte Suprema.<sup>18</sup> Até então, o país era formado por treze colônias do Reino Unido que, em 4 de julho de 1776, tiveram declarada sua independência pelo Congresso, de modo que, num primeiro momento, se mostrava primordial manter a unidade das ex-colônias, as quais passaram a formar a nova nação.

Tal circunstância, especialmente a compreensão da essencialidade de um texto jurídico escrito, fez com que, em 1787, fosse promulgada a primeira Constituição escrita de um Estado Nacional, que descrevia um modelo bem definido de federalismo, separação dos poderes (executivo, legislativo e judiciário), assim como fornecia o embasamento do controle de constitucionalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário.

Em sua obra, José Joaquim Gomes Canotilho explica que:

Através da Revolução, os americanos pretenderam reafirmar os *Rights*, na tradição britânica medieval e da *Glorious Revolution*. Não se tratava, porém, de um movimento reestruturador dos antigos direitos e liberdades e da *English Constitution*, porque, entretanto, no *corpus* da constituição britânica, se tinha alojado um tirano – o parlamento soberano que impõe impostos sem representação (*taxation without representation*). Contra essa ‘omnipotência do legislador’, a constituição era ou devia ser inspirada por princípios diferentes dos da *ancient constitution*. Ela devia garantir aos cidadãos, em jeito de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano.<sup>19</sup>

Para o constitucionalista da Universidade de Coimbra<sup>20</sup>, existem decisões raras tomadas pelo povo e existem decisões frequentes tomadas pelo governo. As primeiras são típicas dos “momentos constitucionais”. Assim, em situações raras e sob condições especiais, o povo decide através do exercício de um poder constituinte, de que é exemplo a Constituição

<sup>18</sup> KLAUTAU FILHO, Paulo. *Direito Constitucional: a primeira decisão judicial sobre o controle de constitucionalidade*. Belém: Smith, 2005. pp. 15-16.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 58. Veja-se, quanto a isso, a também significativa contribuição de Carlos Blanco de Moraes ao referir-se ao poder constituinte soberano como realidade de origem “factual” e fonte de criação de Direito, reforçando a inquestionável premissa segundo a qual as constituições nascem a partir de atos de força: “Actos de força que podem emergir no contexto de *movimentos políticos pacíficos*, que forcem transições constitucionais, como foi o caso da Constituição francesa de 1958, da espanhola de 1978, da brasileira de 1988, da russa de 1993 e nas recentes constituições dos Estados do Centro e Leste da Europa. Actos de força que acompanham, também, *revoluções*. Nascem, neste contexto, em conjunturas antijurídicas que demonstram cabalmente a asserção segundo a qual pode existir uma disjunção clara entre legalidade e legitimidade (constituindo o cenário envolvente da maioria das constituições francesas dos dois primeiros ciclos e de todas as Constituições portuguesas). E finalmente, **actos de força derivados de guerras, acompanhadas, ou não, de um simultâneo ou subsequente movimento revolucionário, como foi o caso da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**, da Constituição Imperial alemã de 1871, da Constituição bolchevique de 1918, da Constituição italiana de 1947 e da Constituição francesa de 1946”. MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 31. (grifo nosso)

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 59.

de 1787 dos Estados Unidos da América, enquanto manifestação da decisão do povo. Continua explicando Canotilho que “este poder surgiu na gramática política americana da época com um *telos* diferente do da Revolução Francesa”. Não se pretendia, segundo o mesmo autor, reinventar a nação enquanto um soberano onipotente, mas, sim, “permitir ao corpo constituinte do povo fixar num texto escrito as regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, se necessário, aos governantes que actuassem em violação da constituição, concebida como lei superior”.<sup>21</sup>

Segundo Klautau Filho, “os pais fundadores (*Founding Fathers*) da pátria americana tinham precisa consciência do carácter experimental e inovador do sistema político que a Constituição de 1787 visava a instalar”.<sup>22</sup> Por serem personagens políticos familiarizados à administração pública e possuírem larga experiência adquirida enquanto dirigentes das Treze Colônias, os referidos “fundadores” tinham consciência do desafio democrático que seria enfrentado, já que se tratava de um país com dimensões continentais. Afinal, continua Filho, “para os autores contratualistas iluministas europeus, como Rousseau, a democracia republicana somente seria viável em Estados com a dimensão das Cidades-Estado da Grécia clássica”.

Prossegue o mesmo autor<sup>23</sup>, ainda, discorrendo acerca do desafio democrático republicano de assegurar os direitos fundamentais do povo norte-americano e limitar o poder de um Estado com vasta extensão territorial e com um projeto explicitamente expansionista, tanto do ponto de vista territorial como dos pontos de vista político, econômico e comercial. Portanto, havia o desafio de criar uma Corte Suprema com o objetivo de estabilizar o país e a sociedade, assim como influenciar positivamente na relação com outras nações, de forma que as leis dos diversos Estados e a existência de tribunais locais não produzissem decisões judiciais conflitantes entre si.

Nas palavras de Canotilho,

O modelo americano de constituição assenta na ideia da *limitação normativa* do domínio político através de uma lei escrita. Esta ‘limitação normativa’ postulava, pois, a edição de uma ‘bíblia política do estado’, condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares. Neste sentido, a Constituição não é um contrato entre governantes e governados, mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um ‘governo’ vinculado à lei fundamental. Poder-se-á dizer, desse modo, que os *Framers* (os ‘pais da constituição americana’), procuraram *revelar* numa lei fundamental escrita determinados direitos e princípios fundamentais que, em virtude da sua

<sup>21</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>22</sup> KLAUTAU FILHO, Paulo. Op. cit., pp. 15-16.

<sup>23</sup> *Idem, ibidem*, p.16 e ss.

racionalidade intrínseca e da dimensão evidente da verdade neles transportada, ficam fora da disposição de uma ‘*possible tyranny of the majority*’.<sup>24</sup> (grifos do autor)

A supremacia da Constituição ficou evidente em seu próprio texto, bem como a obrigatoriedade de serem observadas as leis federais, em relação de hierarquia com as leis dos Estados. Assim, foi possível alicerçar o modelo de federação idealizado à época. Continua explicando Canotilho que, diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de constituição justificou a elevação do Poder Judiciário “a verdadeiro defensor da constituição e guardião dos direitos e liberdades”. Segundo ele:

Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelos juiz [sic] transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por John Locke em 1689: [...] (entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz). O povo americano deu a resposta à pergunta de Locke: *quis erit inter eos iudex?* Os juizes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os ‘juizes’ entre o povo e o legislador.<sup>25</sup>

Carlos Blanco de Moraes assevera que, apesar de sua originalidade e autonomia, “a doutrina constitucionalista comparada considera que o sistema de controlo judicial norte-americano se funda em alguns precedentes britânicos”<sup>26</sup>, encontrados na tradição jusnaturalista anglo-saxônica, e cita o caso do médico *Bonham*, discutido em 1610 no Tribunal da *Common Pleas*. Na oportunidade, o juiz *sir Edward Coke*

considerou que a *Common Law*, norma consuetudinária reconhecida e interpretada pelos tribunais, constituía ‘*higher law*’ fundada na *razão*, ou seja, operava como uma lei fundamental, condensando as ideias de Direito básicas sobre organização do poder e sobre os direitos dos súbditos.<sup>27</sup>

O médico *Bonham* fora sancionado por exercer funções médicas em Londres sem a autorização do Colégio Médico da cidade, tendo o referido magistrado *Coke* questionado a legitimidade da lei que amparava tal sanção pelo fato da mesma contradizer-se com a *natural equity*, a qual, “ao reunir os fundamentos racionais da justiça comum, constituiria *Common Law*”.<sup>28</sup> Ainda que posteriormente essa “doutrina *Coke* tenha sido abandonada, firmando-se o domínio da lei escrita [...] com impossibilidade de ser sindicada em juízo [...] o mesmo não

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 59.

<sup>25</sup> *Idem, ibidem*. Op. cit., p. 60.

<sup>26</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 275.

<sup>27</sup> *Idem, ibidem*, p. 275.

<sup>28</sup> *Idem, ibidem*, p. 275.

sucedeu no universo colonial americano<sup>29</sup>”, onde inspirou as sentenças de diversos tribunais coloniais entre 1776 e 1787, favoráveis à revisão judicial da legislação.

Essa concepção impregnou-se nas Constituições das treze colônias como um caráter de rigidez, “passando a fixar uma diferença formal, em termos de modificabilidade do texto constitucional, em relação à legislação ordinária”. Carlos Blanco traz ainda o exemplo da Constituição da Pensilvânia, que consagrou a *judicial review* da legislação, ou seja, o “poder dos tribunais poderem examinar a validade das leis, à luz da sua conformidade com o parâmetro constitucional”.<sup>30</sup> Na mesma linha, outros tribunais estaduais, como da Carolina do Norte e Maryland, passaram a entender que nenhum ato da legislatura poderia alterar a Constituição.<sup>31</sup>

Nas palavras de Carlos Blanco<sup>32</sup>, “o art. VI, Sec. 2, da Constituição de 1787 consagrou a ‘*Supremacy Clause*’, declarando a vinculação directa dos juízes dos Estados à Lei Fundamental, não obstante qualquer disposição contrária nas constituições federais e nas leis”. Para o autor:

Este preceito passou a ser passível de conjugação com o art. III, Sec. 2, que definia as competências judiciais, as quais abarcariam todos os casos de ‘direito e equidade’ surgidos no âmbito da Constituição, leis e tratados.

Da relativa ambiguidade das duas formulações surgiram duas premissas que se haveriam de revelar decisivas para a sustentação da *judicial review*:

- a Constituição passou a ser encarada como uma lei, detendo uma posição de supremacia sobre as restantes;

Generalizar-se-ia aos juízes federais, e não apenas aos estaduais, o regime de vinculação à Constituição.<sup>33</sup>

No entanto, a consolidação da superioridade constitucional quando houvesse conflito com lei ou ato normativo se deu com a decisão da Suprema Corte na causa *Marbury v. Madison*, considerada marco inicial do controle de constitucionalidade. Por ocasião desse julgamento, ficou consignado que a Constituição é uma lei superior, imodificável por meios ordinários e que, por essa razão, um ato legislativo contrário a ela não é uma lei. A partir da referida decisão, a lição deixada pelo magistrado Marshall é a de que certamente os que formulam Constituições escritas contemplam-nas como lei fundamental e suprema da nação e,

<sup>29</sup> *Idem, ibidem*, p. 276.

<sup>30</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 276.

<sup>31</sup> PIÑEIRO, Eduardo Schenato. Op. cit., p. 22 e ss.

<sup>32</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 277.

<sup>33</sup> *Idem, ibidem*, p. 277.

consequentemente, os atos contrários a este texto maior são nulos<sup>34</sup>. O famoso precedente tornou-se obrigatório à própria Suprema Corte e aos Tribunais Estaduais.

Quanto ao caso em si, deu-se que John Adams nomeou vários magistrados, posteriormente ratificados pelo Senado, entre os quais *Marbury*, após a vitória dos antifederalistas nas eleições presidenciais de 1800, no findar de sua administração. Posteriormente, por indicação do novo Presidente, Jefferson, o Secretário de Estado, James Madison, suspendeu a notificação da nomeação de Marbury, que, inconformado, invocou junto à Suprema Corte Estadunidense a seção 13 do *Judiciary Act*, de 1789, “para que o Tribunal emitisse um mandado de injunção a *Madison* (*writ mandamus*) que o obrigasse a explicar o que sucedera com o decreto de nomeação”.<sup>35</sup>

Contudo, a sentença reconheceu a inconstitucionalidade da competência atribuída pela seção 13 do *Judiciary Act*, porque alargava as competências originais da Suprema Corte, contrariando a Constituição Federal dos Estados Unidos da América. Seguindo o mesmo entendimento, os demais juízes passaram a não aplicar a legislação incompatível com a Constituição. Dessa forma, a importância do caso *Marbury v. Madison* se sobressai na criação de um precedente em que a Suprema Corte atrai para o Poder Judiciário a possibilidade da análise das leis infraconstitucionais em face da Constituição Federal.

Conforme destacou Luís Roberto Barroso<sup>36</sup>, *Marbury v. Madison* foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contrariem. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.

Jorge Miranda, ao analisar o fato de que o Direito Constitucional norte-americano se originou do sistema jurídico inglês, bem como do pensamento jurídico do século XVIII, destaca que:

---

<sup>34</sup> PIÑEIRO, Eduardo Schenato. Op. cit., p. 27.

<sup>35</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 278.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

A noção de Constituição e do seu valor superior a todos os demais actos da Federação e dos Estados federados e, em especial, a autoridade reconhecida aos tribunais na sua interpretação e na sua concretização são notas tão profundas do sistema e tão específicas que, com o mesmo sentido ou com a mesma intensidade, não poderiam passar para qualquer outra parte. Transplantáveis, embora ainda com refacções e distorções [...], viriam a ser a fiscalização judicial da constitucionalidade, o federalismo e o presidencialismo.<sup>37</sup>

Desse modo, criou-se o sistema dito difuso, concreto, ou incidental, de controle de constitucionalidade, denominado, também, de sistema norte-americano, cuja principal característica reside na possibilidade de verificação da lei ou do ato normativo a partir da análise de um caso concreto.

### 2.1. 2 Sistema austríaco

Largamente estudado por Hans Kelsen, o modelo abstrato de controle, tal como é conhecido, foi construído a partir da Constituição Austríaca, promulgada em 1º de outubro de 1920, que veio depois da Carta Constitucional Tchecoslovaca, de 29 de fevereiro de 1920, primeira a contemplar esse tipo de sistema de controle de constitucionalidade.<sup>38</sup>

Nesse sistema austríaco não havia análise de caso concreto para se declarar a incompatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição, mas a utilização de uma ação especial, em que era suscitada a contrariedade diante do Tribunal Constitucional, a quem competia, com exclusividade, resolver os conflitos advindos com a promulgação de leis e atos contrários à carta austríaca de 1920.<sup>39</sup>

Conforme a obra de Kelsen<sup>40</sup>, de acordo com a Constituição austríaca, havia dois caminhos abertos para se chegar a uma revisão judicial da legislação, um indireto e outro direto. Primeiro, um particular poderia, durante um procedimento administrativo, alegar que um dos seus direitos garantidos pela Constituição tinha sido violado por um ato administrativo baseado numa lei inconstitucional; a queixa somente poderia ser levada perante a Corte Constitucional depois que a matéria tivesse passado por todas as instâncias administrativas. Apenas incidentalmente a Corte decidia a questão da constitucionalidade da lei. Esse procedimento, no entanto, era instituído por iniciativa da própria Corte, e somente se

<sup>37</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: preliminares o Estado e os sistemas constitucionais. Tomo I. 8. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 136.

<sup>38</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil*: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138.

<sup>39</sup> *Idem, ibidem*, p. 145.

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Introdução: Sergio Sérulo da Cunha. Tradução: Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 313.



esta tivesse dúvida quanto à constitucionalidade da lei. Os particulares poderiam apenas sugerir a revisão judicial, mas não tinham nenhum direito legal de exigí-la.

A declaração de inconstitucionalidade de leis e decretos se dava por procedimentos distintos. A inconstitucionalidade de decretos podia ser alegada por uma parte em qualquer processo judicial, mas a revisão só ocorria se a própria Corte tivesse dúvidas a respeito da aplicabilidade do decreto. Nesse caso a Corte tinha que interromper o processo e requerer à Corte Constitucional a anulação do decreto. O processo da Corte Constitucional era devotado exclusivamente a essa última questão.<sup>41</sup>

Quando a inconstitucionalidade alegada fizesse referência às leis, somente podia ser alegada perante a Suprema Corte (*oberster Gerichtshof*) ou a Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*), pois em tais casos somente essas cortes podiam interromper seu procedimento e requerer à Corte Constitucional a anulação da lei, se duvidassem da sua constitucionalidade. A Suprema Corte e a Corte Administrativa procediam aqui *ex officio*, não sendo obrigadas a reconhecer os pedidos das partes.

Assim, em oposição ao modelo de controle concreto, surge um sistema que prevê a hierarquização das leis e a rigidez constitucional, em que o papel do órgão controlador é equiparado ao do “legislador negativo”.<sup>42</sup> Segundo Kelsen, o idealizador do modelo austríaco:

anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que é elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo. Portanto, poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo.<sup>43</sup>

Desse modo, somente o Tribunal Constitucional poderia declarar a inconstitucionalidade de um ato, possibilitando a declaração de anulação total de uma lei, a partir do julgamento – efeitos *ex-nunc* e *erga omnes* –, evitando que vários órgãos do Poder Judiciário se manifestassem acerca da inconstitucionalidade e afastando a possibilidade de decisões destoantes.

Para Kelsen<sup>44</sup>, o modelo norte-americano gerava insegurança na sociedade e poderia fragilizar a Constituição. Segundo ele, a desvantagem dessa solução consistia no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei poderiam ter opiniões diferentes com respeito à

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. Op. cit., p. 314.

<sup>42</sup> Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 291.

<sup>43</sup> KELSEN, Hans. Op. cit., p.151-152.

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. Op. cit., p 303 e ss.

constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à própria Constituição.<sup>45</sup>

Somente com a reforma ocorrida em 1929 sobreveio, no texto constitucional austríaco, a criação de dois órgãos judiciais, um com competência cível e penal (*Oberster Gerichtshof*) e outro com competência administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*), capazes de suscitar a instauração de controle incidental de inconstitucionalidade. Aos juízes que não faziam parte das Cortes Supremas, cabia o dever de aplicar a legislação, independente do entendimento acerca da constitucionalidade e inconstitucionalidades das normas utilizadas.<sup>46</sup>

No campo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o ato normativo era considerado válido até a declaração de sua ineficácia pela Corte Constitucional, e sua aplicação poderia se dar a partir do pronunciamento do tribunal ou postergada pelo período de até dezoito meses.<sup>47</sup>

Carlos Blanco explica que, “em razão do princípio da certeza do Direito, não deveriam ser atribuídos, por regra, efeitos retroactivos à anulação, devendo pelo menos ficar intocados os actos emitidos ao seu abrigo”.<sup>48</sup>

Uma vez extirpada do ordenamento jurídico, a própria decisão da Corte trazia o entendimento de qual previsão legal passaria a vigor a partir da efetivação da anulação, podendo ocorrer a repristinação de lei anterior, se prevista no corpo da decisão.

Segundo Barroso<sup>49</sup>, Kelsen criou a teoria da anulabilidade da lei inconstitucional com o objetivo de evitar um governo de juízes numa época em que havia certa revolta dos juízes contra a lei. O mundo germânico vivia a influência de algumas posições românticas, como as da Escola Livre do Direito e da Jurisprudência Livre. Ao proibir os juízes de deixar de aplicar as leis, procurava-se submeter a jurisdição à legislação e à primazia do Parlamento.

Assim surgiu o modelo atualmente conhecido por sistema de controle austríaco, também dito europeu, concentrado, ou abstrato, que tem por finalidade a defesa da ordem constitucional objetiva, apesar da lesão a bem jurídico concreto. Sua preocupação precípua é resguardar a superioridade da Constituição, abstrativamente considerada.

<sup>45</sup> Veja-se, também, sua clássica obra a respeito, no contexto do célebre debate com Carl Schmitt: Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Madrid: Tecnos, 1995.

<sup>46</sup> Cfr. RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 153 e ss.

<sup>47</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 153 e ss.

<sup>48</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 291.

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 41.

### 2.1. 3 Sistema alemão

O sistema jurídico alemão assistiu à criação de duas grandes instituições judiciárias, o Tribunal Cameral do Império, em 1495, e o Conselho Áulico, em 1498, durante o reinado de Maximiliano I, antes mesmo de introduzir em seu ordenamento o embrião de uma legislação com força constitucional.<sup>50</sup>

Segundo Piñeiro<sup>51</sup>, nesta época, os rudimentos do que se tornaria o controle concreto de constitucionalidade poderiam ser verificados na existência de um direito ao exame judicial, que consubstanciava a faculdade e a obrigação do juiz de examinar a compatibilidade de uma norma jurídica com o direito hierarquicamente superior no sentido formal e material.

Posteriormente, a Constituição do Império Alemão, promulgada em 1871, inaugura uma ordem jurídica que se sobrepõe às confederações e ao regime de organização dos Estados que fazem parte do *Reich*. O Tribunal do Império passa a exercer apenas o controle material dos Decretos Imperiais em face do texto constitucional.

Somente sob a égide da Constituição Imperial de Weimar, de 1919, já no ano de 1925, retomou-se o exame judicial concreto das leis e decretos estaduais segundo o texto constitucional. Instituído após a Primeira Guerra Mundial, o texto foi voltado à organização de uma democracia social, submetendo o soberano ao exercício de sua autoridade em respeito aos direitos de cada indivíduo, simbolizando a supremacia deste sobre o Estado.

O modelo previsto para o controle de constitucionalidade possibilita apenas ao governo federal, os governos dos estados e um terço dos membros do Parlamento alemão (*Bundestag*) suscitar a inconstitucionalidade da norma junto ao Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*).<sup>52</sup>

Há possibilidade de realizar o controle também na análise do caso concreto, de forma incidental. Se o juiz, em qualquer tribunal, a requerimento das partes, ou de ofício, entender que a norma a ser aplicada é inconstitucional, suspenderá o processo e a questão será remetida ao Tribunal Constitucional para decisão. Solucionado o incidente, sobrevindo declaração de inconstitucionalidade, o tribunal *a quo* não aplicará a norma sindicada “se o Tribunal Constitucional a tiver julgada desconforme com a Constituição”.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Cf. PIÑEIRO, Eduardo Schenato. Op. cit., p. 75.

<sup>51</sup> PIÑEIRO, Eduardo Schenato. Op. cit., p. 76.

<sup>52</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 296.

<sup>53</sup> *Idem, ibidem*, p. 297.

O sistema de controle concentrado desenvolvido por Kelsen marcou diretamente o modo como a Alemanha inseriu em seu ordenamento jurídico a fiscalização das leis e atos normativos face ao texto constitucional.<sup>54</sup>

Apesar da inspiração no modelo austríaco, o sistema de controle alemão adota a declaração de nulidade do ato inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração em que se reconhece a constitucionalidade da norma que tende à inconstitucionalidade, apelando-se ao legislador para que corrija a situação num determinado tempo.<sup>55</sup>

#### 2.1. 4 Sistema francês e controle político de constitucionalidade

Ao contrário dos demais países europeus continentais, a França adotou o modelo político de controle de constitucionalidade, e não o jurisdicional. Dessa forma, a Constituição Francesa de 1958 previu a existência de um órgão essencialmente político para tal tarefa, denominado *Conseil Constitutionnel*. A resistência encontrada ao sistema judicial de controle de constitucionalidade se deu em razão dos abusos e interferências praticados pelo Poder Judiciário na esfera das liberdades individuais, notadamente à época do *Ancien Régime*<sup>56</sup>, gerando contra si a desconfiança dos demais segmentos sociais.

Dessa forma, ainda na época da Revolução, criou-se um órgão político, distinto e autônomo dos demais poderes, para realizar o controle de constitucionalidade, quase sempre feito de forma preventiva.

Razões históricas e ideológicas são apontadas como base da solução adotada na França. Históricas em razão das lembranças das graves interferências realizadas pelo Poder Judiciário nos demais poderes, quase sempre com viés de arbítrio e abuso de poder, e o posicionamento da maioria dos juízes, contrários às reformas advindas com a Revolução. As razões ideológicas se referem à impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário no Poder Legislativo, em atenção à doutrina da separação dos poderes, e pelo fato de que os atos das assembleias parlamentares, representativas da soberania nacional, não poderiam ser submetidas ao controle dos juízes.<sup>57</sup>

Acerca desta parte da história da França, Jorge Miranda ensina:

<sup>54</sup> MORAIS, Carlos Blanco. Op. cit., p. 293.

<sup>55</sup> MORAIS, Carlos Blanco. Op. cit., p. 296.

<sup>56</sup> BESTER, Gisela Maria. Op. cit., p. 330 e ss.

<sup>57</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1984. p. 96-97.

As oscilações da história constitucional francesa traduzem também a prevalência ora de Montesquieu, ora de Rousseau, da doutrina e da mentalidade que se reconduzem a um ou outro grande pensador.

Montesquieu constrói a sua doutrina pensando na liberdade; a separação de poderes é uma garantia da liberdade, porque, contra o poder só o poder. ('É preciso que o poder detenha o poder'). Daí, outrossim, um governo representativo, porque sem representação política cai-se na concentração do poder no príncipe, ou no povo.

Diversamente, Rousseau procura a máxima pureza na democracia. Há um só povo; logo, deve haver unidade do seu poder, e a vontade do povo não se representa. A liberdade encontra-se no exercício do poder directamente pelo povo, não por quem se pretenda seu representante. ('Os Ingleses julgam-se livres, por escolherem os seus Deputados. Na realidade, após a eleição ficam-lhes submetidos, como os Franceses ao rei da França').

Por isso mesmo, como bem se sabe, Montesquieu e Rousseau acham-se no cerne do conflito filosófico-político de liberalismo e democracia (só ultrapassado no século XX). Mas, para o que importa neste momento, o primeiro está na base das formas de governo moderadas, ao passo que no segundo entroncam as formas de governo assentes na democracia absoluta, ainda que opostas (governo jacobino e governo cesarino).<sup>58</sup>

Ao longo da história, observa-se que a Constituição francesa de 1799 atribuiu o controle de constitucionalidade a um órgão denominado *Sénat Conservateur*, e a Constituição de 1852 a um órgão denominado *Sénat*. A Carta de 1946 previa a realização do controle preventivo a ser realizado pelo *Comité Constitutionnel*. Já a atual Constituição confiou o controle de constitucionalidade, sempre preventivo, ao *Conseil Constitutionnel*.<sup>59</sup>

Segundo Mauro Cappelletti, além das funções de controle da regularidade das eleições presidenciais e das eleições parlamentares,

O *Conseil Constitutionnel* tem, também, a função que os juristas franceses chamam de '*le contrôle de la constitutionnalité des lois*'. Este controle desenvolve-se do seguinte modo: quando um texto legislativo ou um tratado internacional já está definitivamente elaborado, mas ainda não promulgado, o Presidente da República, o Primeiro Ministro ou o Presidente de uma ou de outra Câmara do Parlamento (isto é, da *Assemblée Nationale* ou do *Sénat*) pode remeter o próprio texto legislativo ou o tratado ao *Conseil Constitutionnel*, a fim de que este se pronuncie sobre sua conformidade com a Constituição. Para algumas leis, ditas 'orgânicas' [...], o pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é, ao contrário, sempre obrigatório.<sup>60</sup>

O prazo para a decisão do *Conseil Constitutionnel* é de um mês, e, em alguns casos específicos, de oito dias, sendo que enquanto tal decisão não sair, a promulgação da lei permanece suspensa. Esse sistema também se diferenciou pelo fato de a análise do texto

<sup>58</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 153-154.

<sup>59</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 95.

<sup>60</sup> *Idem, ibidem*, p. 28.

normativo se desenvolver em procedimento próprio, sem verdadeiras partes, contraditório e audiências orais, e em segredo.<sup>61</sup>

Conforme se observa, o modelo de controle adotado atualmente na França é preventivo, visto que realizado antes da promulgação de uma norma, impedindo a sua entrada em vigor, vinculando as autoridades administrativas e judiciárias. Porém, com a reforma constitucional ocorrida em 23 de julho de 2008, passou-se a adotar o instrumento denominado questão prioritária de constitucionalidade, de forma a possibilitar que disposição normativa já promulgada fosse submetida ao *Conseil Constitutionnel*. Com a adoção desse novo instrumento é possível declarar nulidades, realizar técnicas de interpretação conforme a Constituição e a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.<sup>62</sup>

Embora o modelo francês seja frequentemente referido como o arquétipo do controle político de constitucionalidade das leis, para Barroso<sup>63</sup> afigura-se mais apropriada a designação de controle não judicial. É que, no fundo, é o fato de não integrar o Poder Judiciário e de não exercer função jurisdicional o que mais notadamente singulariza o *Conseil Constitutionnel*, junto com o caráter prévio de sua atuação. Quanto ao mais, tanto o critério de nomeação de seus integrantes como a fundamentação jurídica de suas decisões aproximam-no do padrão das cortes constitucionais europeias.

Pode-se concluir que o modelo de controle das leis e atos normativos adotado na França é diferente de outros países por contemplar essencialmente o controle preventivo de inconstitucionalidades. Ademais, vem se modernizando e demonstrando sua relevância para evitar o engessamento das leis em face das mudanças sociais, atestando a importância do *Conseil Constitutionnel* como instituição democrática.

## 2.1. 5 O peculiar caso da Inglaterra

O controle de constitucionalidade na Inglaterra foi enfrentado, de forma preliminar, na introdução do subtítulo, a partir das lições do constitucionalista Carlos Blanco de Moraes. Retoma-se agora tal conteúdo por meio de considerações exaradas pelo constitucionalista Jorge Reis Novais<sup>64</sup> quanto aos modelos de justiça constitucional, o qual elucida que nos Estados Unidos da América, formado por ex-colônias inglesas, os tribunais reconheceram a

---

<sup>61</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>62</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 133 e ss.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 65.

<sup>64</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 183.

supremacia da Constituição a partir da teoria das fontes de Direito, sendo que quanto às Constituições do mesmo século XVIII, nos Estados europeus, as formas de defesa e de garantia da supremacia desses textos constitucionais se deu de maneira um tanto diversa.

Isso fez com que, quanto à Constituição norte-americana, os juízes federais tomassem para si como natural a sua defesa via controle incidental de constitucionalidade, em razão de ser o texto constitucional superior às demais leis, ainda que não houvesse determinação expressa para tal, deixando de aplicar leis que contrariassem regras e princípios da Constituição Federal. Já no que diz respeito à evolução do Estado de Direito liberal europeu, houve um desenvolvimento de sentido muito diverso no que respeita às relações entre Constituição e lei, “sendo aí, não apenas praticamente desconhecida, mas também expressamente rejeitada, durante bem mais de um século, a possibilidade de recusa judicial de aplicação de leis com fundamento em inconstitucionalidade.”<sup>65</sup> Ao revés, explica Jorge Reis Novais, “depositava-se implicitamente nos Parlamentos democráticos a competência de garantia e realização política da Constituição.”<sup>66</sup>

Segue explicando Novais que:

[...] na América foi a conveniência em canalizar para o domínio jurídico, como problema jurídico-constitucional, a resolução das questões políticas sensíveis da delimitação entre os poderes federais da União e os poderes dos Estados, combinada com a inexistência, por facto de uma significativa homogeneidade sociológica e política da comunidade, de qualquer suspeita política, social ou ideológica relativamente aos juízes, que empurrou naturalmente as questões de constitucionalidade para a decisão do poder judicial.

Já inversamente, mas jogando no mesmo sentido de condescendência favorecedora da intervenção privilegiada do poder judicial, havia, sobretudo no domínio da preservação dos direitos individuais, alguma desconfiança ou precaução, não relativamente aos juízes, mas quanto aos eventuais abusos provenientes das assembleias parlamentares, de resto já historicamente experimentados na actuação do Parlamento inglês.

Ora, tendencialmente, mesmo se no início as ‘questões de constitucionalidade’ respeitassem sobretudo à existência, e consequentemente necessidade de afastamento, de contradições entre norma ordinária e norma constitucional no plano estrutural da divisão vertical e horizontal dos poderes, a garantia dos direitos fundamentais proclamados constitucionalmente no *Bill of Rights* assomava incidentalmente e, sobretudo, foi assumida como tarefa judicial por excelência dada a indiscutível natureza constitucional das normas que o consagravam.<sup>67</sup>

Conforme Castro, a teoria do Direito Natural foi a primeira a investigar o problema das leis fundamentais – necessárias para a hierarquização das normas, bem como para o modo de garanti-las – e isso ocorreu na Inglaterra. Segundo ele “Hobbes aceita a expressão lei

<sup>65</sup> NOVAIS, Jorge Reis. 2012, p. 183.

<sup>66</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>67</sup> *Idem, ibidem*, p. 184.

fundamental e a define como aquela lei que, acaso suprimida, destruiria o corpo do Estado e o faria cair na anarquia”<sup>68</sup>, identificando-se tal lei com o contrato social, “assentado por unanimidade e, por isso, inalterável enquanto subsistisse o Estado. No contrato social está implícita a cláusula de submissão ao príncipe”.<sup>69</sup>

Segundo o mesmo autor, Locke repetiu a ideia para considerar como vontade própria a vontade da maioria. Em razão disso:

Na Inglaterra foi reconhecido o princípio da maioria para todas as espécies de leis e não se admitiu a distinção prática entre leis constitucionais e leis ordinárias. O Parlamento inglês detém toda a soberania do Estado. Não há hierarquia entre leis. Para tanto poder, um limite: o direito natural, e, antes dele, o costume, como essência do direito inglês. Tem-se, no entanto, maior complexidade: não se tratando de saber se uma lei é ou não constitucional, verifica-se se é lei ou não, a partir da consideração do justo, conforme o direito. Se a lei é injusta, por não se conformar com o direito natural, ela não é lei. Consequentemente, não merece aplicação<sup>70</sup>.

O autor ainda esclarece que esse “modelo de controle de constitucionalidade refletia duas ordens, com predomínio da ordem constitucional e anulação da ordem ordinária que à primeira se opõe: a aplicação dos princípios do *due process of law* e do *The law of the Land*”, sendo que a “Inglaterra não possui um documento jurídico escrito, intitulado ‘constituição’, mas os ingleses possuem leis de natureza constitucional, devidamente formalizadas, devendo ser recordadas a Magna Carta e os documentos jurídicos que a confirmaram: a *Petition of Rights* e o *Bill of Rights*.”<sup>71</sup>

A partir da elaboração das leis *Agreement of The People* e o *Instrument of Government*, à época da Revolução Gloriosa (1688), que, como já se disse anteriormente nesse trabalho, representavam a primeira constituição escrita da Inglaterra, passou-se a dispor “sobre a separação de poderes e a declaração de nulidades e de ineficácia das leis que lhe contrariassem a liberdade de consciência”.<sup>72</sup> Com isto:

estabeleciam-se os limites legais à atividade do Parlamento e aos poderes da Coroa, limitações que se concretizaram não apenas pelos documentos históricos da Magna Carta e aqueles que a confirmaram, como também na adoção do *common law* e nos princípios religiosos, morais e concepções de direito natural em voga nos séculos XVI e XVII, daí sendo formada a opinião da existência de uma hierarquia de normas com a prevalência de mandamentos jusnaturalistas.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> CASTRO, João Bosco Marcial de. Op. cit., p. 20.

<sup>69</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>70</sup> *Idem, ibidem*, p. 21.

<sup>71</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>72</sup> *Idem, ibidem*, p. 22.

<sup>73</sup> *Idem, ibidem*, p. 22.



O Estado inglês, conforme António José Brandão, citado por Miranda, “não pauta a sua atividade governativa por uma ideologia constitucional”, mas “pelo instinto de conservação e de desenvolvimento da estrutura histórica da Nação inglesa”.<sup>74</sup> É o próprio Miranda que explica que no direito constitucional da Grã-Bretanha há predominância do costume na origem das normas, constituindo, “nos tempos atuais, um caso único, sem paralelo em qualquer outro país”<sup>75</sup>, caracterizando uma constituição flexível, o que explica a peculiaridade do seu sistema de defesa da constitucionalidade.

## 2.2 SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos adotado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro conjuga o modelo norte-americano de controle difuso e o modelo austríaco de controle abstrato, brevemente apresentados nos capítulos precedentes, o que fez surgir um sistema misto, que reúne as ações abstratas com a possibilidade de aferir, em concreto, a compatibilidade dos atos normativos com a Constituição da República Federativa do Brasil em vigor.

De modo a recuperar o histórico da construção desse modelo híbrido de controle de constitucionalidade no Brasil, passar-se-á, nos próximos subitens, a apresentar uma síntese dos períodos constitucionais, iniciando-se pela Constituição do Império.

### 2.2.1 A discussão sobre o controle de constitucionalidade na época da Constituição Imperial de 1824

Na história brasileira, o primeiro texto constitucional foi a denominada Constituição Política do Império, imposta por D. Pedro I, após a dissolução da Assembleia Constituinte, em 25 de março de 1824, tendo perdurado até 15 de novembro de 1889, ocasião em que se deu a proclamação da República, com a então instituição de um sistema federativo e a implantação do presidencialismo.

Seu texto previa a existência de um poder superior aos demais, denominado Poder Moderador, exercido com exclusividade pelo Imperador, com o objetivo de velar pela

<sup>74</sup> *Apud* MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: preliminares o Estado e os sistemas constitucionais*. Tomo I. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.136.

<sup>75</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: preliminares o Estado e os sistemas constitucionais*. Tomo I. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.136.

independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes. Conforme comentários do historiador, sociólogo e jurista Aurelino Leal, a esta situação, em sua clássica obra de 1915:

A verdade é que a determinante da adopção do instituto obedeceu menos a realidades, a objectivações, a concretizações exteriorizadas pela história política, do que a sugestões abstractas e theoréticas. Qualquer das funções atribuídas ao príncipe, como titular do poder moderador, caberia logicamente ao representante máximo do poder executivo: nomear senadores, convocar extraordinariamente a assembleia geral, **sanccionar as leis e resoluções, aprovar e suspender provisoriamente as resoluções dos conselhos provinciaes**, prorogar ou adiar as sessões da assembleia geral, dissolver a Camara dos deputados, nomear e demittir livremente os ministros de Estado, suspender os magistrados, cassar ou moderar as sentenças criminaes e conceder amnistia em caso urgente.

Todas ellas, menos a suspensão dos magistrados, que o nosso regimen não comporta, e a concessão urgente da amnistia, que bem podia figurar nas attribuições do executivo actual, no recesso do parlamento, constam da Constituição vigente, sem ter sido necessario emprestar ao Chefe do Estado esse ‘poder moderador’<sup>76</sup>.

Dessa forma, ausente estava o Poder Judiciário de qualquer tipo de controle das leis e atos normativos; o encargo, considerado político, passou a ser exercido pelo Imperador juntamente com a Assembleia Geral composta pela Câmara dos Deputados e Câmara de Senadores (art. 14), consagrando o modelo político de controle de constitucionalidade.

De acordo com o inciso VIII do artigo 15 do texto da Constituição Política do Império do Brasil<sup>77</sup>, o fato de não estar presente nos dispositivos constitucionais uma norma com previsão do controle de constitucionalidade não significava a ausência de controle, pois o próprio texto previa ser atribuição da Assembleia Geral fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las.

José Antônio Pimenta Bueno<sup>78</sup>, em seu clássico estudo acerca da Constituição Imperial, ensinou que a consagração da soberania do Parlamento estava presente por conter entre seus dispositivos um específico para dizer que o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o “pensamento”, o preceito dela. Só ele, e exclusivamente ele, é quem tinha o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins.

Para o clássico estudioso:

<sup>76</sup> LEAL, Aurelino. *História constitucional do Brasil*. Edição fac-similar, 1915. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 124-125 (grifo nosso).

<sup>77</sup> BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Elaborada pelo Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. “Art. 15. É da atribuição da Assembleia Geral [...] VIII. Fazer Leis, interpretá-las (sic), suspendê-las (sic), e revogar-as (sic)” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2014.

<sup>78</sup> BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978. p. 69.

Nenhum outro poder tem o direito de interpretar a lei por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse. Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o jurisconsulto formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório.<sup>79</sup>

Dessa forma, o controle de constitucionalidade das leis, nesse período, se reservou ao Poder Legislativo, a quem cabia fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, e ao Poder Moderador, declarado pelo constituinte “a chave de toda a organização política”, cabendo-lhe velar pela independência nacional e pelo equilíbrio e harmonia entre os demais poderes.<sup>80</sup>

A Constituição “oferecida” pelo Imperador representava o compromisso entre as ideias liberais, que ele partilhava a seu modo, e a tradição monárquica europeia; tinha ele seus poderes sobressalentes aos demais, por ser titular do Poder Executivo e do Poder Moderador simultaneamente.<sup>81</sup>

Aqui é importante registrar a crítica sobre o quão pouco liberal foi esta Constituição, a partir de José Rodrigues de Souza<sup>82</sup>, pois, confrontando-se os dispositivos do projeto de 1823 com o texto efetivamente elaborado pelo Conselho do Estado, “verificou-se a mitigação das garantias e do prestígio dos juízes e tribunais”.

Ao Supremo Tribunal de Justiça restou a função de uniformizar a jurisprudência e ser o guardião do direito imperial.<sup>83</sup> O artigo 164 da Constituição Imperial discorria acerca da competência do Tribunal, atribuindo-lhe o poder de conceder ou denegar os recursos de revistas, conhecer os delitos e erros cometidos por seus Ministros, Ministros das Relações, empregados do corpo diplomático e presidentes das províncias no exercício de suas funções e decidir sobre os conflitos de jurisdição e competência das Relações Provinciais.<sup>84</sup>

<sup>79</sup> *Idem, ibidem*, p. 69 e ss.

<sup>80</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., pp. 179-180.

<sup>81</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 204.

<sup>82</sup> *Apud* CASTRO, João Bosco Marcial de. Op. cit., p. 31

<sup>83</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 128.

<sup>84</sup> BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Elaborada pelo Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. “Art. 164 A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delitos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias. III.

Barroso<sup>85</sup> é, inclusive, um dos autores que consideram que o controle de constitucionalidade esteve ausente durante a vigência da Constituição Imperial de 1824.

Posteriormente, ao adotar princípios já utilizados em outros países e sob forte influência norte-americana, o Brasil se distancia do sistema de controle político de constitucionalidade adotado, em razão do modelo absolutista de governo, e importa o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade.

### 2.2.2 A Proclamação da República, a nova ordem constitucional e o controle incidental de constitucionalidade

A insatisfação com o regime monarquista de governo desencadeou o levante militar que resultou na queda do Império brasileiro e deu ensejo à “Comissão dos 5”, instituída em 1889 pelo Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, com a tarefa de elaborar um Anteprojeto de Constituição.<sup>86</sup>

Sobreveio a publicação do Decreto nº 510, de 1890, cujo conteúdo publicava a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, formulada pelo governo provisório e que deveria ser o ponto de partida do Congresso Constituinte para ofertar ao país uma nova Constituição. Tratava-se da chamada “Constituição Provisória”.

A criação do Supremo Tribunal Federal, por meio da renomeação do Supremo Tribunal de Justiça, ocorreu ainda na vigência do Governo Provisório, instalado após a derrocada da Monarquia, na Constituição Provisória, instituída em 1890. Na Seção III, dedicada ao Poder Judiciário, havia o embrião do controle de constitucionalidade. Prevvia-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal rever os processos findos quando questionada a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais, conquanto a decisão do tribunal tivesse considerados válidos os atos ou leis impugnados.<sup>87</sup>

A Constituinte elegeu a “Comissão dos 21”, onde cada membro representava um Estado, sendo o relatório final apresentado em 21 de fevereiro de 1891, discutido durante dois

---

Conhecer, e decidir sobre os conflitos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2014.

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 85.

<sup>86</sup> PIÑEIRO, Eduardo Schenato. Op. cit., p. 137.

<sup>87</sup> BRASIL. *Decreto n 510 de 22 de junho de 1890*. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo\\_norma=DEC&data=18900622&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s)>. Acesso em: 20 jun. 2014.

dias, e na data de 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil.<sup>88</sup>

As antigas províncias formaram os Estados Federados do governo republicano, aos quais foi atribuída autonomia política e administrativa. Conforme Alves Júnior<sup>89</sup>, a União somente intervia para proteger a unidade nacional contra ameaças externas ou domésticas, para garantir a ordem pública e o cumprimento das leis federais, deixando aos Estados aquelas competências que não lhes fossem vedadas, as remanescentes. A autonomia municipal estava assegurada no tocante ao seu peculiar interesse. A supremacia do federalismo republicano ensejou a proteção desses princípios mediante a proibição de reforma constitucional, se relativa a uma eventual abolição da forma de governo.

Adotou-se a forma tripartida de poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, abandonando o Poder Moderador. Porém, o arcaísmo relativo à supremacia do poder executivo sobre o legislativo levou à tentativa de golpe em novembro de 1891.

Cumpre aqui salientar as palavras de Miranda<sup>90</sup>, para quem o ambiente da República de 1889-1891 não era muito diverso daquele do Império. A vida econômica e social continuava a girar em torno dos interesses comerciais das cidades e dos interesses agrícolas dos grandes proprietários. A vida política esteava-se num grande partido de governo e, a nível local, nos coronéis descritos na literatura da época. Destaca, ainda, a existência de certa estabilidade das instituições políticas, com hábitos vindos do Império, e sucessão regular dos mandatos presidenciais, salvo algumas perturbações esporádicas.

Já na vigência da Constituição de 1891, o art. 10<sup>91</sup> previa, entre as competências do Poder Judiciário, a obrigatoriedade de negar aplicação às leis e regulamentos incompatíveis com a Constituição, reproduzindo o controle de constitucionalidade previsto no Decreto 510. No entanto, os próprios representantes do Poder Judiciário recusavam validade ao exercício do controle de constitucionalidade, em razão da formação na escola francesa da *civil law*, em que o positivismo é predominante.<sup>92</sup>

O artigo 59, § 1º, alíneas *a* e *b*, da mesma Constituição, previa o controle incidental de constitucionalidade das decisões, ao ditar, em seu texto original, a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do

---

<sup>88</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 134-135.

<sup>89</sup> *Idem, ibidem*, p. 136.

<sup>90</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 208.

<sup>91</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 14 abr. 2014.

<sup>92</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. Op. cit., p. 6.

Tribunal fosse contra ela (art. 59, § 1º, ‘a’). Procedia-se, igualmente, quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidas as normas impugnadas (art. 59, § 1º, ‘b’).

Aqui comporta extrair, da obra de Mendes, a citação de Rui Barbosa, em defesa do novel preceito constitucional, no sentido de que a redação é claríssima:

Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.<sup>93</sup>

Alves Júnior<sup>94</sup> traz as primeiras decisões judiciais de controle difuso, consideradas os *leading cases* da jurisprudência brasileira:

1º) O *Habeas Corpus* n. 300, de abril de 1892, impetrado em favor de cidadãos que tiveram tolhidas as suas liberdades de locomoção (enquadrados na categoria de presos políticos), por força do estado de sítio decretado pelo Vice-Presidente Floriano Peixoto;

2º) O *Habeas Corpus* n. 1.063, julgado em março de 1898, em favor dos acusados de terem tramado o assassinato do Presidente Prudente de Moraes e que estavam desterrados em Fernando de Noronha;

3º) O *Habeas Corpus* n. 1.073, julgado em abril de 1898, por motivos idênticos ao HC n. 1.063, importante em virtude da modificação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, firmada no HC n. 300;

4º) O *Habeas Corpus* nº 3.527, julgado em abril de 1914, no qual o Tribunal endossa a competência para sindicar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes públicos, mas subtrai a sua competência em relação ao estado de sítio, numa involução em face do precedente do HC n. 1073;

5º) O *Habeas Corpus* nº 4.781, de abril de 1919, no qual o Supremo decide favoravelmente a Rui Barbosa para que ele e seus correligionários possam se reunir livremente e promover comícios na cidade de Salvador, em face da campanha eleitoral para o cargo de Presidente da República, e;

6º) por fim, o *Habeas Corpus* no qual se [sic.] discute a constitucionalidade da reforma constitucional de 1926, em face dos vícios materiais e formais apontados. Aqui o Tribunal se defronta com a possibilidade de controle dos atos do poder de reforma constitucional e com a diminuição de sua competência.

A Constituição de 1891 manteve-se firme até 1930, quando veio a ser encerrada por um golpe de Estado, após um período de tensão entre os poderes da União.<sup>95</sup> Denominada de “A Revolução de 1930”, a insurgência marcou o fim da Primeira República.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 9.

<sup>94</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 150.

Dessa forma, restou inaugurado – e foi-se consolidando – o sistema difuso de controle de constitucionalidade no Brasil, outorgando aos órgãos do Poder Judiciário, ainda que de forma tímida, a competência para verificar a compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição.

### 2.2.3 A Constituição de 1934 e a inovação da Representação Interventiva

O surgimento da terceira Constituição brasileira se deu num contexto histórico de dissolução do Poder Legislativo, encolhimento do número de Ministros do Supremo Tribunal Federal e imensa crise de reformulação do Estado, caracterizada pelo início de uma nova postura constitucional, menos liberal e mais ocupada com o bem-estar do cidadão, evidenciando-se isto nas preocupações econômicas e sociais. A derrocada do regime constitucional inaugurado em 1891 deu-se por um “movimento revolucionário”, que em 24 de outubro de 1930, depôs o Presidente Washington Luís e “abateu” a primeira Constituição republicana.<sup>97</sup> Aqui importa destacar as palavras de Kelsen:

Uma revolução no sentido amplo da palavra, compreendendo também o golpe de Estado, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição. Dum ponto de vista jurídico, é indiferente que esta modificação da situação jurídica seja produzida através de um emprego da força dirigida contra o governo legítimo ou pelos próprios membros deste governo, através de um movimento de massas populares ou de um pequeno grupo de indivíduos. Decisivo é o fato de uma Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída por uma nova Constituição através de processos não previstos pela Constituição até ali vigente. Em regra, por ocasião de uma revolução destas, somente são anuladas a antiga Constituição e certas leis politicamente essenciais.<sup>98</sup>

Mesmo derrotado nas eleições para o quadriênio 1930-1934, por meio de um golpe de Estado, o candidato Getúlio Vargas – líder do referido “movimento revolucionário” – ascendeu ao poder após o levante popular ocorrido em razão do assassinato do candidato a Vice-Presidente, João Pessoa, no Estado da Paraíba. Sobreveio o fechamento do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas estaduais e das Câmaras municipais.<sup>99</sup>

<sup>95</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 140.

<sup>96</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1178.

<sup>97</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 199.

<sup>98</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 146.

<sup>99</sup> *Idem, ibidem*, p. 200.

A convocação da Assembleia Nacional Constituinte do Brasil deu-se em 15 de novembro de 1933. Os trabalhos findaram em 16 de julho de 1934, com a promulgação da Constituição e eleição indireta de Getúlio Vargas para ser o Chefe do Governo Provisório, ou seja, o Presidente da República.<sup>100</sup>

Sob influência das constituições europeias, em especial da Constituição de Weimar, datada de 1919, a nova Carta teve vigência curta, somente até o ano de 1937. Profundas alterações sobrevieram ao Poder Judiciário, com a criação da Justiça Eleitoral, do mandado de segurança e com a introdução do recurso extraordinário como instrumento de controle de constitucionalidade das leis federais. O *habeas corpus* passou a ser restrito aos crimes comuns, houve alteração no nome do Supremo Tribunal Federal, que passou a se chamar Suprema Corte, e redução do número de ministros, de quinze para onze.<sup>101</sup> Para declaração de inconstitucionalidade de leis e atos governamentais passou a ser exigido quórum de maioria absoluta dos membros do tribunal, cabendo, ainda, ao Procurador-Geral da República levar ao conhecimento do Senado Federal a decisão que declarava a lei inconstitucional, com o objetivo de empregar à decisão o efeito *erga omnes*.<sup>102</sup> O cargo de Procurador-Geral da República tinha ainda a atribuição de exercer a Representação Interventiva em desfavor daqueles Estados-Membros que não respeitassem os princípios constitucionais, tidos como sensíveis, na elaboração de suas Constituições.<sup>103</sup>

Para Gilmar Mendes<sup>104</sup>, tratava-se da mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934, pois a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, seria utilizada nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, “a” a “h”, da Constituição. Aduz o autor, a respeito do assunto, que se cuidava de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º).

Aqui cabe destacar também as observações de Miranda<sup>105</sup>, para quem a Constituição de 1934 consagrou a justiça eleitoral (criada em 1932), reforçou os poderes do Congresso (em especial, da Câmara dos Deputados, eleita pelo povo e pelas organizações profissionais), previu formas de intervenção do Estado na economia e direitos sociais na linha da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, tendo também

<sup>100</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 202-203.

<sup>101</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. Op. cit., p. 8.

<sup>102</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 212.

<sup>103</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. Op. cit., p. 8.

<sup>104</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 10.

<sup>105</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 209-210.



introduzido o mandado de segurança, para garantia de direitos certos e incontestáveis contra atos inconstitucionais ou ilegais.

O certo é que houve grandes inovações relativas ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em face dos preceitos constitucionais, inovações reproduzidas posteriormente nas demais Constituições do Brasil, como a já referida cláusula de reserva de plenário. Também sob a vigência da Constituição de 1934, assistiu-se ao surgimento do embrião da ação direta de inconstitucionalidade, prevista atualmente no artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

Apesar das inovações advindas no controle de constitucionalidade, a curta existência da Constituição de 1934 foi marcada por conflitos ideológicos, rivalidades regionais, resistência à sucessão presidencial, o temor do assalto ao poder por movimentos organizados, entre outros motivos, desencadeando outro Golpe de Estado nas instituições democráticas, em 10 de novembro de 1937, iniciando um período de regime arbitrário de exceção no Brasil.<sup>106</sup>

#### 2.2.4 As arbitrariedades do Estado Novo e a Constituição de 1937

A promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, na data de 10 de novembro de 1937, inaugura o período conhecido como Estado Novo. Após conseguir a aprovação do Senado Federal para decretar estado de guerra e suspender as garantias constitucionais, o governo angaria o apoio da Igreja, da burguesia industrial e de outros setores da sociedade para combater o “inimigo socialista” que pretendia impor a ditadura do proletariado.<sup>107</sup>

As razões expostas para sua promulgação demonstram as estratégias do governo de Getúlio Vargas ao apontar, antes do início do texto<sup>108</sup>, que o fazia impulsionado pelas seguintes motivações:<sup>109</sup>

a) atender às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravamento dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu

<sup>106</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 245, citando Raul Machado Horta.

<sup>107</sup> Idem, ibidem, p. 250.

<sup>108</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2014.

<sup>109</sup> Aqui o texto foi organizado em alíneas apenas para sua melhor compreensão.

desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

b) atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;

c) atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

d) sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

d) resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a nova Constituição, que passou a vigor desde o dia de sua decretação em todo o País.

O artigo 187 da Carta de 1937<sup>110</sup> previa a expedição de Decreto Presidencial convocando um plebiscito nacional para submeter seu texto à aprovação popular, o que não aconteceu. Dessa forma, a Constituição foi utilizada para servir aos objetivos políticos e pessoais do Presidente Getúlio Vargas.

Em relação aos poderes, o artigo 180 deixava a cargo do Presidente da República expedir decretos-leis sobre todas as matérias de competência legislativa da União, enquanto não houvesse a reunião do Parlamento Nacional. Ocorre que o Parlamento sequer foi convocado durante a vigência da Carta de 1937, e com isso todos os poderes, executivo e legislativo, permaneceram nas mãos do Presidente da República.

Esse período foi marcado por retrocesso no controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos, pois o texto previa que, caso a maioria dos Ministros declarassem a incompatibilidade de lei com o texto constitucional, mas o Presidente da República entendesse que o texto era necessário ao bem-estar do povo e à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

O Poder Judiciário também foi atingido com a proibição de conhecer questões exclusivamente políticas, mesmo violadoras de direitos; o mandado de segurança perdeu a

---

<sup>110</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em 22 abr. 2014.

qualidade de garantia constitucional, passando a ser previsto em lei ordinária e estavam excluídos da apreciação os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados.

Apesar de tudo isso, a Carta de 1937 não ignorou as tradições jurídicas nacionais, pois também manteve instituições e princípios do constitucionalismo liberal do Império e da Primeira República, assim como elementos do constitucionalismo weimariano.

No entanto, somente com a redemocratização do país, em 1946, o controle de constitucionalidade retomaria sua evolução.

#### 2.2.5 A volta do Estado de Direito, a Constituição de 1946 e a retomada do desenvolvimento do sistema de controle de constitucionalidade

Com o objetivo de restaurar a democracia e de reimplantar o Estado de Direito, a nova Constituição foi promulgada no dia 18 de setembro de 1946, após a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, em 2 de dezembro de 1945. Sobreveio ela ao período em que o governo brasileiro havia enviado soldados para lutar junto aos Países Aliados na Segunda Guerra Mundial, instalando uma contradição no país, pois no exterior combateu o totalitarismo, lutou pela liberdade, e internamente vivia-se o regime totalitário implantado por Getúlio Vargas.<sup>111</sup>

Com a nova ordem constitucional, o Poder Legislativo retomou suas atividades, agora fortalecido, por ser o único a poder exercer a função de legislador, sem a intromissão do Executivo – à exceção do poder de veto e da iniciativa de leis, mas ausentes os decretos-leis e a delegação legislativa –, renascendo como um dos três poderes da União.

Já o Poder Judiciário teve implantado o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão a direitos individuais (art. 141, § 4º) e a possibilidade de apreciar medidas tomadas no curso do estado de sítio (art. 215).

O controle de constitucionalidade retomou as conquistas advindas do modelo estadunidense implantado na vigência da primeira Constituição republicana, acrescentados os benefícios oriundos da Carta de 1934. Assim, manteve-se a representação para intervenção da União no Estado e deste no Município (artigos 7º e 23), excluído o Distrito Federal, cujo Prefeito era nomeado e demissível *ad nutum* pelo Presidente da República; ao Senado Federal cabia suspender, no todo ou em parte, a execução de leis ou decretos declarados

---

<sup>111</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 267.

inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64); a possibilidade de analisar a inconstitucionalidade por meio do recurso extraordinário, nas causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes (art. 101, III); e manteve-se o princípio da reserva de plenário. Com isso, apenas pelo voto da maioria absoluta de seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 200).

Também houve avanços em relação ao controle de constitucionalidade em abstrato. Segundo leciona Elival da Silva Ramos<sup>112</sup>, os operadores do direito pátrio ansiavam por um instrumento com a dimensão da ação direta genérica declaratória de inconstitucionalidade, a tal ponto que, ao delinear as características da representação interventiva, chegou o Supremo Tribunal Federal a antecipar o desenho de um modelo de controle de constitucionalidade em via principal, com feições abstratas, que rigorosamente ainda não existia.

Acerca do controle concentrado de constitucionalidade, previsto anteriormente na Carta de 1934, Ramos<sup>113</sup> asseverou que a implantação do instrumento declaratório de inconstitucionalidade se deu com a edição da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, por meio de ampla reforma na organização constitucional do Poder Judiciário, centrando-se a atenção do constituinte derivado na sobrecarga dos tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal.

Incluída no artigo 101, inciso I, da Constituição de 1946, a representação por intervenção visava a extirpar lei ou ato normativo incompatível com a Constituição Federal.

Para Nagib Slaibi Filho<sup>114</sup>, a representação para intervenção é instrumento de ingerência constitucional da União no Estado, ou do Estado no Município, em que o tema de inconstitucionalidade do ato era declarado em ação perante as Cortes máximas da União ou do Estado, ensejando, em caso de intervenção material (caso do art. 34, VI, da atual CF/88) ou intervenção normativa (caso do art. 34, VII, da atual CF/88), a requisição ao Chefe do Executivo, que então viria com o decreto, operando a intervenção. Aqui importa destacar que, para o autor<sup>115</sup>, a ação para intervenção se convalidou na atual ação direta de inconstitucionalidade (ADI), cujo procedimento é regulado na Lei nº 9.868/99, sendo instrumento de controle de constitucionalidade de lei federal ou estadual em face da Constituição da República, perante o Supremo Tribunal Federal, e de lei estadual ou municipal em face da Constituição do Estado, perante o Tribunal de Justiça de cada Estado.

---

<sup>112</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., pp. 208-209.

<sup>113</sup> *Idem, ibidem*, p. 209.

<sup>114</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. Op. cit., p. 13.

<sup>115</sup> *Idem, ibidem*, p. 14.

Na exposição de motivos à referida Emenda Constitucional nº 16, é possível verificar a adoção de dois novos institutos para exercício do controle abstrato de normas: a representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de iniciativa do Procurador-Geral da República (art. 101, I, “k”), e a prejudicial de inconstitucionalidade (101, § 1º, “b”), a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo.<sup>116</sup>

Inicialmente, pelo histórico de controle difuso incidental, houve resistência para implantação das ações específicas para o combate das inconstitucionalidades em abstrato, e durante os anos em que perdurou o regime imposto pelo golpe civil-militar, não há registro de significativas alterações no modelo até então adotado, realidade que perdurou até a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969, estudada a seguir.

#### 2.2.6 O golpe civil-militar e as Constituições de 1967 e de 1969

A substituição da Constituição de 1946 teve início no ano de 1961, com a renúncia do Presidente Jânio Quadros. Por ter trabalhado como Ministro do Presidente Getúlio Vargas, o Vice-Presidente João Goulart não tinha a confiança e simpatia de outros setores da sociedade, e para conseguir ser empossado no cargo, fez um acordo que se converteu na Emenda Constitucional nº 4, de 1961, instituindo o sistema Parlamentarista, no entanto, sucumbiu ao voto popular por meio de um plebiscito, no ano de 1963, o qual escolheu o modelo presidencialista.<sup>117</sup>

Inobstante a implantação do Estado de Direito por meio da Constituição de 1946, invocando a necessidade de “salvação nacional”, em 31 de março de 1963 os comandantes das Forças Armadas se rebelaram, o Presidente fugiu do país, o Congresso declarou o cargo vago e nomeou para seu lugar o substituto constitucional, o Presidente da Câmara dos Deputados, Ranieri Mazzilli<sup>118</sup>.

Insatisfeito, o Comando Militar editou o Ato Institucional de 9 de abril de 1964 – AI-1 –, que alterou profundamente a Constituição então vigente, e convocou eleições indiretas para escolha do próximo Presidente da República, votando apenas os congressistas que eram a favor do regime que se implantava. Concomitante a este fato, veio a cassação dos direitos

<sup>116</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 16.

<sup>117</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 323.

<sup>118</sup> Idem, ibidem, p. 325.

políticos dos cidadãos vistos como opositores do regime, inclusive congressistas, governadores e até militares, e aos demais, ameaças de prisão, cassação e expulsão do país.<sup>119</sup>

Com a edição do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965<sup>120</sup>, mais alterações sobrevieram ao Poder Judiciário, com o restabelecimento da Justiça Federal e aumento do número de ministros do Supremo Tribunal Federal, de onze para dezesseis. Estavam excluídas da apreciação judicial as ações praticadas pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo, com base nos atos institucionais ou complementares, e as resoluções estaduais e municipais que cassassem mandatos ou declarassem o impedimento de Governador, Prefeito, Deputado e Vereador. Muitos civis foram presos e processados por crime contra a segurança nacional.<sup>121</sup>

No final do ano de 1966, o Congresso Nacional foi convocado para cancelar a Constituição a ser apresentada pelo Presidente da República, com a justificativa de que a carta anterior não poderia vigorar ante a “revolução”<sup>122</sup> que se operava no país. Em meio a esse conflituoso contexto histórico é proclamada a Constituição da República Federativa do Brasil, no dia 24 de janeiro de 1967.

Miranda pondera que:

Após a revolução de 1964, a Constituição de 1946 ficou subordinada a quatro Actos Institucionais, publicados entre esse ano e 1966 e todos dirigidos à concentração do poder no Presidente da República. Mas, a breve trecho, sentiu-se a necessidade de elaborar nova Constituição a fim de integrar tais Actos Institucionais e os seus Actos Complementares: assim surgiu a Constituição de 1967. Esta não iria durar na sua forma primitiva senão dois anos, pois, entretanto, os chefes militares publicaram

<sup>119</sup> Idem, ibidem, p. 326.

<sup>120</sup> Brasil. *Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965*. Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e as respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm)>. Acesso em: 29 jun. 2014.

<sup>121</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 327.

<sup>122</sup> Atualmente os historiadores e sociólogos brasileiros aceitam e defendem a nomenclatura “golpe civil-militar” em referência a este fato histórico, como, por exemplo, Carlos Eduardo Martins, que diz: “**O golpe foi civil-militar** e articulou os diversos segmentos da burguesia em torno da liderança do grande capital nacional e estrangeiro contra a ofensiva do movimento de massas, dirigida principalmente pelo trabalhismo, formados pelos trabalhadores urbanos, rurais, estudantes e soldados e militares de baixa patente, que buscavam construir um capitalismo de Estado com forte dimensão popular, democrática e nacional. Este programa centrava-se nas reformas de base, em particular a agrária e a urbana, no controle da remessa de lucro, na nacionalização de setores estratégicos e promoção da indústria nacional e numa política externa independente, anti-imperialista, baseada no direito à autodeterminação dos povos. Postulava ainda a extensão de voto aos analfabetos, que constituíam quase a metade da população brasileira, aos soldados e sub-oficiais, bem como elegibilidade a todos os eleitores. **A dimensão civil do golpe militar** foi muito bem demonstrada em obras como *1964: a conquista do Estado*, de René Dreyfuss, que evidencia as intensas articulações entre o empresariado nacional e estrangeiro, o governo dos Estados Unidos e os militares de alta patente para construir uma oligarquia que partilhasse cargos e espaços nos conselhos empresariais, em instituições estatais e em organismos ideológicos formadores de quadros (ESG) ou de opinião pública (IBAD e IPES)”. Cfr. MARTINS, Carlos Eduardo. *O golpe militar de 1964 e o Brasil: passado e presente*. Disponível em: <<http://www.blogdaboitempo.com.br>>. Acesso em: 21 jun. 2014. (grifos nossos)

novos e numerosos Actos Institucionais e Complementares e, para lhes dar forma coerente, surgiu em Outubro de 1969 a Emenda Constitucional nº 1 (entenda-se como Constituição nova ou como Constituição de 1967 alterada).<sup>123</sup>

Observa-se que os atos institucionais editados pelo Presidente da República consistiam em norma suprema e estavam acima da Constituição Federal<sup>124</sup>, a exemplo do art. 181 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, os atos de governo praticados com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares, e as resoluções que houvessem cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de governadores, deputados, prefeitos e vereadores, no exercício dos referidos cargos, desde que fundados nos Atos Institucionais.

Em relação ao controle de constitucionalidade foi mantido o recurso extraordinário (art. 114, III) e a representação por inconstitucionalidade (art. 114, I, 'I'). Somente com a chamada Emenda nº 1, de 1969<sup>125</sup>, há alteração de relevo quanto ao tema, ao prever a possibilidade de os Estados realizarem o controle das leis municipais em face das Constituições Estaduais (art. 15, § 3º, "d").

Porém, a principal alteração se deu nas discussões doutrinárias e no entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de conceder liminar para suspender a execução da norma e do exercício exclusivo da representação por parte do Procurador-Geral da República, especialmente se consistia em poder-dever ou mera faculdade.

Após o Supremo Tribunal Federal comunicar a declaração de inconstitucionalidade ao Senado Federal, a este cabia editar uma resolução com o fim de suspender os efeitos da norma impugnada. Na prática, o Senado baixava a resolução se a decisão proferida pelo Poder Judiciário estivesse de acordo com os interesses políticos da época. Por esse motivo, muitas ações repetitivas chegavam ao Supremo Tribunal Federal para ver declarada a inconstitucionalidade da mesma norma, em face da omissão do Senado Federal, a quem cabia conceder o efeito *erga omnes* das decisões judiciais, caminhando para a sobrecarga do Tribunal.<sup>126</sup>

<sup>123</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 210.

<sup>124</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 329.

<sup>125</sup> Apesar de receber a denominação de Emenda Constitucional, tratou-se na verdade de uma nova Constituição, imposta pelos Ministros de Guerra da Marinha, do Exército e da Aeronáutica Militar. A justificativa para a promulgação consistia no fato do recesso do Congresso Nacional ter sido decretado pelo Ato Complementar n. 38, de 13 de dezembro de 1968, ficando o Poder Executivo autorizado a legislar sobre todas as matérias, inclusive as Emendas Constitucionais. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87.

<sup>126</sup> Cf. SLAIBI FILHO, Nagib. Op. cit., p. 15.

Por outro lado, a discussão acerca do cabimento da medida liminar na representação por inconstitucionalidade tomou corpo com a discussão do Regimento Interno do recém criado Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, após a fusão dos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro. Na discussão, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que há um poder geral de acautelamento inerente ao exercício da função jurisdicional, antecipando a tutela própria da resolução a ser expedida pelo Senado Federal.<sup>127</sup>

A Emenda Constitucional nº 7/77<sup>128</sup>, editada posteriormente, respaldou o novo entendimento que se delineava, introduzindo no ordenamento a ação avocatória (art. 119, I, “o”) e a representação para interpretação (art. 119, I, “l”).

Com essas alterações, o controle de constitucionalidade até então vigente passou a caminhar mais próximo do modelo dito europeu, contribuindo para o surgimento do sistema a ser adotado pela Constituição de 1988.

#### 2.2.7 A redemocratização do Brasil, a Constituição de 1988 e as profundas alterações no sistema de controle de constitucionalidade

A convocação da Assembleia Nacional Constituinte se deu por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, cujo texto constava a previsão de que os deputados federais e os senadores, a serem eleitos no pleito de 1986, iniciariam os trabalhos de elaboração da nova Carta Constitucional em 1º de fevereiro de 1987.

Conforme Alves Júnior<sup>129</sup>, a sessão de instalação da Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987, foi presidida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Moreira Alves, presentes na mesa diretora dos trabalhos, além desse magistrado, o Presidente da República, José Sarney, os presidentes da Câmara e do Senado, Deputado Ulisses Guimarães e Senador Humberto Lucena. Houve apenas um discurso, proferido pelo Ministro Moreira Alves, que gizou ser a instalação dessa Constituinte o “termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerrou um ciclo revolucionário”. No dia seguinte, inauguraram-se os trabalhos da Assembleia, com a eleição de Ulisses Guimarães para sua Presidência.

<sup>127</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. Op. cit., p. 16.

<sup>128</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977*. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_antec07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antec07-77.htm)>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>129</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. Op. cit., p. 371.



Finalmente, em 05 de outubro de 1988, deu-se a promulgação da Constituição atualmente vigente, antecedida que foi pela realização de debates com vários setores da sociedade, ocasião em que puderam colocar suas propostas em discussão, tudo com ampla cobertura dos meios de comunicação.

O Poder Judiciário, com a nova Constituição, assistiu à criação dos Tribunais Regionais Federais, com competência para análise dos recursos interpostos em face das decisões proferidas no âmbito da Justiça Federal, substituindo o Tribunal Superior de Recursos. Também foi criado o Superior Tribunal de Justiça, cuja finalidade é velar pela legislação federal infraconstitucional.

Ao Supremo Tribunal Federal foi consagrado o papel de guardião da Carta Constitucional. Assim, com o ressurgimento e reconhecimento da supremacia da Constituição é chegado o momento de impor ao Poder Público a vinculação às normas, preceitos, regras e princípios consagrados no texto e utilizar meios adequados ao exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos. Os meios utilizados para o exercício deste controle estão polarizados, desde então, no modelo norte-americano, primeiro utilizado no Brasil e introduzido com a Carta de 1891, e o modelo austríaco ou europeu, previsto posteriormente com a Emenda Constitucional nº 16/65.

Surge, então, um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, adotado pelo Brasil através da Constituição Federal de 1988. Nele, destaca-se a possibilidade de arguir o controle de constitucionalidade das omissões, de forma concentrada ou incidental (por controle difuso), neste caso por meio do mandado de injunção. Instituiu-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental, hodiernamente regulamentada em legislação própria; a possibilidade de representar contra lei ou ato normativo estadual e municipal frente à Constituição Estadual, e a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais.

A alteração mais importante deu-se com a ampliação do rol de legitimados para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, antes restrita ao Procurador-Geral da República. Agora o artigo 103 da Constituição Federal<sup>130</sup> contempla um amplo rol de legitimados: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; a Mesa da Assembleia Legislativa; a Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador do Estado; o Governador do Distrito Federal; partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito

---

<sup>130</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 25 abr. 2014.

nacional. Os últimos seis devem demonstrar que possuem interesse processual para ofertar a ação, chamada pertinência subjetiva ou temática, exigida pelo Supremo Tribunal Federal, como se observa no julgamento da ADI nº 138/RJ.<sup>131</sup>

Destaca-se a diversidade de instrumentos utilizados para a fiscalização dos atos emitidos pelo poder público, visando ao respeito às instituições e aos direitos individuais. Voltadas à defesa da ordem constitucional no controle abstrato, podem ser utilizadas a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), bem como a Ação Direta Interventiva.

Para Barroso<sup>132</sup>, constata-se no Brasil uma nítida tendência ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada. Para tal direcionamento contribuiu claramente a ampliação da legitimação ativa para ajuizamento da Ação Direta, além de proferidas inovações, como a ADC e a própria ADPF.

Por fim, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, veio disciplinar o processo e o julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal, tanto da ADI, como da ADC, e a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, regulamentou o processo e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que até então permanecera praticamente inutilizada no ordenamento jurídico.

O controle difuso de constitucionalidade continua podendo ser exercido por todo e qualquer órgão investido de ofício judicante, pois sendo a Constituição uma norma dotada de superioridade hierárquica sobre o restante do ordenamento jurídico, cabe a todos os juízes

---

<sup>131</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação direta de inconstitucionalidade. Entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, inc. IX, da C.F. de 1988). Vinculação de vencimentos (art. 37, XIII). Isonomia entre as "carreiras jurídicas" (art. 135). Ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada por entidade de classe de âmbito nacional (Associação dos Magistrados Brasileiros), com impugnação do parágrafo único do art. 179 e do parágrafo segundo do art. 185 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que vincularam vencimentos de membros da carreira do ministério público, da procuradoria-geral do estado, da defensoria pública, e da polícia civil (delegados de polícia) aos tetos estabelecidos para os integrantes dos três Poderes do Estado. Alegação de ofensa ao art. 37, XIII, da Constituição Federal, sem prejuízo da isonomia prevista no art. 135. 1. Tem a Associação dos Magistrados Brasileiros, entidade de classe de âmbito nacional, legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei que vincule vencimentos de membros de certas carreiras, aos tetos dos integrantes dos três Poderes do Estado, dentre os quais o Judiciário, integrados por seus filiados, pois há pertinência entre seu objetivo estatutário e a preocupação política de defesa do tratamento que, em matéria de vencimentos, lhe pareça adequado a magistratura, em face do ordenamento constitucional. 2. Diante da relevância jurídica dos fundamentos deduzidos na petição inicial e da alta conveniência em manter o S.T.F. sua coerência, manifestada em precedentes, em que suspendeu a eficácia de normas assemelhadas de outros estados, e de se deferir também a suspensão das que aqui estão sendo impugnadas, até o julgamento da ação. Acórdão em Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 138. Relator Ministro Sydney Sanches. DJ 16 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI-MC.SCLA.+E+138.N+UME.+E+19900214.JULG.&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

<sup>132</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 90.

interpretá-la no caso concreto, e, se for preciso, negar aplicação às normas que lhe são incompatíveis.

### 3 EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E ABSTRATO NO BRASIL

A adoção do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos somente é possível quando o Estado adere ao sistema de hierarquia das leis e passa a contar com uma Constituição escrita, que permite a alteração de seu texto mediante procedimentos solenes e complexos, com exigências formais especiais, admitindo o amplo debate do texto a ser aprovado.

Para que a Constituição seja alterada, é imprescindível quórum especial e aprovação da emenda, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional. Parte do texto, contudo, denominado de cláusulas pétreas e previsto no art. 60, § 4º, é insuscetível de modificação, por trazer matéria de extrema relevância para o país, constituindo-se núcleo essencial do Documento Político Fundamental.

Por contar com tais características, é possível aplicar à Constituição Federal de 1988 a ideia do escalonamento das normas, sendo a Carta Constitucional o ápice do ordenamento jurídico.

Consoante pensamento desenvolvido por Kelsen:

Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente se refere à ordem coercitiva criada de acordo com essa Constituição, também eficaz em termos globais, enquanto fundamenta a validade da mesma Constituição e a ordem coercitiva de acordo com ela criada.

(...)

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant –, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação.<sup>133</sup>

Com efeito, por ser norma fundamental, é a Constituição Federal o alicerce de todo o ordenamento, e empresta validade para as demais normas constantes no sistema jurídico.

Sob tal perspectiva, não basta o reconhecimento da superioridade hierárquica da Constituição. Mister se faz a fiscalização da adequação das leis e demais atos normativos produzidos pelo Poder Público a regras e princípios consagrados no rígido Texto Maior.

---

<sup>133</sup>KELSEN, Hans, 1988. p. 141.

Conforme dicção do artigo 102 da Constituição Federal de 1988<sup>134</sup>, estão sujeitos ao controle de adequação à norma fundamental tanto as leis como os atos normativos, assim

<sup>134</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2014. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
- b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
  - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
  - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
  - d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

entendidas as emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções, regimento interno dos tribunais, e todos os demais atos emanados do poder público, desde que revestidos de caráter normativo.

De outro lado, há normas que não estão sujeitas ao controle de constitucionalidade. São as normas constitucionais primárias, as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, as normas secundárias, as súmulas dos tribunais, os atos estatais não revestidos de abstração e generalidade e as leis revogadas.

Convém esclarecer que a declaração de inconstitucionalidade atinge o plano de validade e eficácia da lei ou ato normativo, não de existência. Assim, consoante lição de Barroso:

Dentro da ordem de ideias aqui expostas, uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é *inexistente*. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com o regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a *vigência* de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade.<sup>135</sup>

Uma vez que a norma esteja inserida no ordenamento jurídico, está suscetível a padecer de questionamentos acerca do procedimento de elaboração ou da compatibilidade de seu texto com o ordenamento jurídico vigente, por meio de ação própria ou de forma incidental no exame do caso concreto.

Para essa análise existe a jurisdição constitucional concreta incidental, utilizada para compor litígios constitucionais, circunstância em que não realiza com plenitude a função de guarda dos valores existentes na Constituição Federal, por dar preferência à decisão do caso concreto. No entanto, ao realizar o controle abstrato desenvolvido no sistema europeu, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça efetuam a defesa de natureza política e ideológica da Constituição, de acordo com os parâmetros de controle previstos no ordenamento jurídico.

---

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>135</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 35.

### 3.1 O PARADIGMA CONSTITUCIONAL E AS MANIFESTAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

Para a efetivação do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, o órgão julgador utiliza como parâmetro os princípios e as regras presentes no texto constitucional, mesmo que de forma implícita, desde que inequívoca a sua extração da Carta da República.

Os paradigmas que sustentam a análise da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estão presentes nos artigos expressamente consignados na Constituição Federal, nas disposições constitucionais transitórias (ADCT) e nas convenções internacionais sobre direitos humanos, recepcionadas na qualidade de emendas constitucionais.<sup>136</sup> Dessa forma, é possível resguardar a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico.

A inconstitucionalidade pode ocorrer em razão de vício formal, se a inobservância ao texto paradigma estiver relacionada ao procedimento de elaboração de leis e atos normativos, mormente no que se refere às regras de competência para iniciativa, deliberação, votação, sanção, veto, promulgação e publicação do ato; pode também ocorrer em virtude de vício material, quando o conteúdo da lei ou ato normativo expedido pelo Poder Público é incompatível com os preceitos constitucionais. As inconstitucionalidades formal e material podem coexistir em um mesmo ato emanado do Poder Público, conduzindo à declaração de sua invalidade.

Convém esclarecer, a despeito dos controles de constitucionalidade das leis por vício formal ou material, que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1980, se manifestou contra a intervenção no processo de formação legislativa, afirmando que não é admitido o mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional, com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não é admitido porque, neste caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, o Poder Legislativo está exercitando sua atribuição constitucional, referente ao processamento da lei em geral. Eis a ementa:

Mandado de segurança contra ato da mesa do congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da república. Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como e o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao

---

<sup>136</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 1284-1285.

próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido.<sup>137</sup>

Conforme destaca Mendes, o controle pressupõe a existência formal da lei ou do ato normativo após a conclusão definitiva do processo legislativo. Contudo, não é obrigatório que a lei esteja em vigor, desde que os atos tenham sido promulgados, editados e publicados. Esclarece que “essa orientação exclui a possibilidade de se propor ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade de caráter preventivo”.<sup>138</sup>

Ainda em relação ao paradigma de constitucionalidade, é importante registrar que, na hipótese de eventual alteração do texto constitucional, as normas infraconstitucionais preexistentes que se mostrarem materialmente incompatíveis com os novos ditames serão automaticamente revogadas. De outro lado, havendo alteração apenas nas regras de competência ou na espécie normativa apta a tratar daquela determinada matéria, as leis e atos normativos são recepcionados e passam a se submeter às novas regras para alteração textual.<sup>139</sup>

As manifestações de inconstitucionalidade se materializam por meio de uma ação, praticada pelos integrantes dos três poderes da União, sendo mais comum se apresentarem nos atos emanados do Poder Legislativo, mas isso não impede o controle das medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo e dos regimentos internos dos tribunais aprovados pelos Órgãos do Poder Judiciário.

No entender de Barroso, os modelos de controle de constitucionalidade americano, austríaco, alemão, francês, “foram concebidos para lidar com o fenômeno dos atos normativos que ingressam no mundo jurídico com um vício de validade”. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, todos esses mecanismos têm por objetivo paralisar a eficácia ou retirar do ordenamento uma ação legislativa.<sup>140</sup>

<sup>137</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em mandado de segurança nº 20.257-DF. Relator Ministro Décio Miranda. DJ 27 fev. 1981. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso em 30 abr. 2014.

<sup>138</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. 2006, p. 179.

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., pp. 51-52.

<sup>140</sup> *Idem, ibidem*, p. 54.



Por outro lado, sempre que a ausência de elaboração de atos legislativos impossibilitar o cumprimento de preceitos constitucionais, é possível a utilização de técnicas de controle de constitucionalidade por omissão, pois o Poder Público se absteve de produzir a legislação regulamentadora dos comandos constitucionais. Consoante assentou Canotilho:

O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples 'não fazer', a um 'conceito de negação'. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.<sup>141</sup>

É importante ressaltar a discricionariedade do legislador para criar normas. Por isso se afirma que legislar não é uma obrigação, mas depende da conveniência e da decisão política de quem edita as regras. Somente na hipótese de impossibilitar a concretização de preceitos constitucionais, será possível afirmar a existência de inconstitucionalidade por omissão.

Dessa forma, o paradigma constitucional existe tanto nos textos escritos quanto nas omissões impeditivas da concretização dos direitos e garantias constitucionais.

### 3.2 O MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO CONTROLE E O ÓRGÃO DEFENSOR DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

Existem dois momentos para a realização do controle de constitucionalidade: antes do ingresso dos atos normativos no ordenamento jurídico, ocasião em que será preventivo; ou após a edição do ato legislativo pelo poder público, quando será repressivo.

O controle prévio realizado pelo Poder Legislativo acontece em dois momentos: durante o processo de formação do ato normativo, nas comissões de constituição e justiça das casas legislativas, e durante as votações. O Poder Executivo exerce o controle preventivo por meio do veto do Presidente da República, com fundamento na inconstitucionalidade do projeto de lei, segundo artigo 66, § 1º, da Constituição Federal de 1988.<sup>142</sup>

O controle de constitucionalidade preventivo, realizado pela via jurisdicional, é instrumentalizado por meio do mandado de segurança, impetrado para assegurar ao parlamentar o direito de não participar de um processo legislativo, cujo objeto tende a abolir

<sup>141</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1033.

<sup>142</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1160.

os preceitos constitucionais assegurados por cláusulas pétreas, por se tratar de matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional.<sup>143</sup>

No Supremo Tribunal Federal está pacificada a possibilidade de intervir no processo legislativo, desde que a discussão não se estenda aos atos praticados internamente pelo Parlamento e às matérias de natureza política. Nesse caso, tem-se o controle concreto, e não abstrato. Celso de Melo bem assinalou no julgamento da ADI 466/DF que o direito constitucional positivo brasileiro, ao longo da sua evolução histórica, jamais autorizou, como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite, o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Confirma-se a ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. Proposta de emenda à Constituição Federal. Instituição da pena de morte mediante prévia consulta plebiscitária. Limitação material explícita do poder reformador do Congresso Nacional (art. 60, § 4º, IV). Inexistência de controle preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro. Ausência de ato normativo. Não-conhecimento da ação direta. O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Ato normativo *"in fieri"*, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não enseja e nem dá margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. - A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas,

<sup>143</sup> *Idem, ibidem*, p. 1160.

definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.<sup>144</sup>

Essa mesma decisão, publicada em 10 de maio de 1991, asseverou que a impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização, quando transformadas em emendas à Constituição, sujeitas ao controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade, que paralisa a eficácia do ato normativo em vigor.

Há modelos de controle em que a guarda da Constituição é exercida por um órgão distinto dos três Poderes, por um Tribunal ou Corte Constitucional, tal como ocorre com o modelo francês, estudado no item 2.1.4.

José Afonso da Silva, ao discorrer sobre o sistema político de controle de constitucionalidade, destaca:

O controle político é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política, tais como: o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa do século passado; ou um órgão especial, como o *Presidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n. 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63).<sup>145</sup>

A técnica do controle jurisdicional teve origem no direito norte-americano, cujo princípio maior é a supremacia da Constituição, cabendo ao Poder Judiciário dizer se a lei ou ato normativo é compatível com os preceitos constitucionais, detalhadamente discorrido no Capítulo 2, item 2.1.1.

Na lição de Barroso, o controle realizado pelo Poder Judiciário é, em regra, repressivo, realizado após a promulgação e publicação da lei ou ato normativo, e dispensa sua entrada em vigor. Ao Poder Legislativo é possível sustar os atos normativos exorbitantes editados pelo Poder Executivo, a quem, por sua vez, é lícito recusar aplicação à norma inconstitucional. Destaca, ainda, que “em qualquer caso, havendo controvérsia acerca da interpretação de uma norma constitucional, a última palavra é do Judiciário”.<sup>146</sup>

No Brasil, os dois modelos são unidos num sistema eclético de controle. Assim, o Poder Legislativo atua no controle político, ao submeter os textos às Comissões de

<sup>144</sup>BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 466-DF. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 10 maio 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>>. Acesso em 06 mai. 2014.

<sup>145</sup>SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 49.

<sup>146</sup>BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 69.

Constituição e Justiça, e o Poder Executivo, ao exercer o veto com fundamento na inconstitucionalidade do projeto de lei. Já o Poder Judiciário exerce o controle repressivo por meio da aglutinação do modelo europeu e norte-americano.

### 3.3 O PRONUNCIAMENTO REPRESSIVO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA DIFUSO E CONCENTRADO

No Brasil, o sistema difuso de controle de constitucionalidade existe desde a primeira Carta Republicana, de 1891. Exercido através de declaração incidental, também é conhecido como controle por via de exceção ou defesa, porquanto pode ser suscitado não apenas como tese de defesa, mas também como fundamento da pretensão do autor.

De inspiração norte-americana, o controle difuso pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, de acordo com as normas de competência estabelecidas no direito processual civil, na apreciação dos casos concretos. Na lição de Canotilho, “A questão da inconstitucionalidade é levantada, por via de incidente, por ocasião e no decurso de um processo comum [...], e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso concreto”.<sup>147</sup> É a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais.

Conforme leciona Barroso<sup>148</sup>:

A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AI nº 666.523 reconheceu a possibilidade de todo e qualquer órgão investido no ofício judicante ter competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade. Afinal, sendo a Constituição uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la na análise do caso concreto, bem

<sup>147</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 899.

<sup>148</sup> BARROSO. Luís Roberto. Op. cit., p. 115.

como negar aplicação às normas infraconstitucionais conflitantes com os preceitos maiores.

Observe-se a ementa:

Competência. Mandado de segurança. Ato de turma recursal. O julgamento do mandado de segurança contra ato de turma recursal cabe à própria turma, não havendo campo para atuação quer de tribunal de justiça, quer do Superior Tribunal de Justiça. Precedente: Questão de Ordem no Mandado de Segurança nº 24.691/MG, Plenário, 4 de dezembro de 2003, redator do acórdão Ministro Sepúlveda Pertence. Controle difuso de constitucionalidade. Superior Tribunal de Justiça. Todo e qualquer órgão investido do ofício judicante tem competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade. Por isso, cumpre ao Superior Tribunal de Justiça, ultrapassada a barreira de conhecimento do especial, apreciar a causa e, surgindo articulação de inconstitucionalidade de ato normativo envolvido na espécie, exercer, provocado ou não, o controle difuso de constitucionalidade. Considerações. Agravo regimental. Julgamento sumário. A circunstância de o agravo regimental ser examinado de forma sumária é conducente a assentar-se o provimento quando não alcançada a unanimidade no Colegiado – salutar doutrina trazida do Superior Tribunal de Justiça pelo saudoso Ministro Menezes Direito e adotada pelo relator.<sup>149</sup>

Destarte, na apreciação do caso concreto, a legitimidade para provocar o pronunciamento do Poder Judiciário sobre a inconstitucionalidade de determinada norma, é conferida a qualquer pessoa cujo direito entenda que foi violado. O objetivo principal do controle difuso é a proteção de direitos subjetivos, analisada a questão constitucional de forma incidental na fundamentação da decisão, havendo a possibilidade de ser reconhecida de ofício pelo órgão julgador. Portanto, em qualquer ação é cabível o controle difuso de constitucionalidade, independentemente do rito e de sua natureza.

Não tardou a aparecer a discussão acerca da possibilidade do controle incidental da ação civil pública. O Ministro Moreira Alves do Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no ano de 1997, afirmou não se admitir ação que se intitula ação civil pública, mas cujo pedido é verdadeira ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal, consoante ementa a seguir:

Agravo regimental. Não se admite ação que se intitula ação civil pública, mas, como decorre do pedido, é, em realidade, verdadeira ação direta de inconstitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal, ação essa não admitida pela Carta Magna. Agravo a que se nega provimento.<sup>150</sup>

<sup>149</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em agravo de instrumento n. 666.523-BA Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio. DJe 03 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+666523%2ENUMER%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+666523%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/ajyauun>>. Acesso em 08 mai. 2014.

<sup>150</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em agravo regimental no agravo de instrumento n. 189.601-GO. Relator Ministro Moreira Alves. DJ 03 out. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+189601>>

Assim, na ação civil pública, o controle incidental apresenta-se no julgamento de uma relação jurídica concreta e específica relativa a ato emanado do Poder Público, jamais como discussão da norma em abstrato.

Posterior ao controle difuso, sobreveio o modelo austríaco de controle concentrado, exercido por um único órgão criado especificamente para a análise da compatibilidade das normas infraconstitucionais com os preceitos superiores. Introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 1965, atualmente é instrumentalizado por via principal ou ação direta.

Conforme destacou Barroso:

Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.<sup>151</sup>

Para sua efetivação são previstas cinco ações específicas: a ADI, ADPF, ADO, ADC e Representação Interventiva.<sup>152</sup>

A análise do ato normativo é exercida em tese, independentemente da existência de caso concreto a ser apreciado, porquanto possui natureza objetiva, com a finalidade específica de verificar o conflito abstrato entre as normas e a Constituição. Nenhum interesse concreto está posto para apreciação na demanda. Segundo Canotilho:

O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a 'defesa da constituição' e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contrários à constituição. Dado que se trata de um processo objectivo, a legitimidade para solicitar este controlo é geralmente reservada a um numero restrito de entidades.<sup>153</sup>

Consoante assentado na Constituição Federal de 1988 – art. 102, inciso I, alíneas *a*, *p* e *q*, § 1º – a competência originária para julgar as ações é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, quando tiver por objeto a análise, em tese, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, confrontado com a Constituição Federal. Quando a inconstitucionalidade diz respeito à lei estadual ou municipal em face da Constituição do

---

%2E%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+189601%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos &url=http://tinyurl.com/cgthnx>. Acesso em: 10 maio 2014.

<sup>151</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 73.

<sup>152</sup> BRASIL. *Resolução 230/2002 do Supremo Tribunal Federal*. Dispõe sobre as siglas dos registros processuais no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Sigla utilizada para Intervenção Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO230.PDF>>. Acesso em 08 mai. 2014.

<sup>153</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 900.

respectivo Estado, compete aos Tribunais de Justiça dos Estados julgar as ações de controle concentrado – art. 125, § 2º, da CF.

A ação é posta à análise por meio de um processo objetivo, estando ausentes as partes e a lide. Há legitimados previstos num rol taxativo, existente no próprio texto constitucional, e o objeto de debate está restrito à constitucionalidade da norma em questão, ou à omissão ilegítima na edição de uma norma regulamentadora da Constituição.<sup>154</sup>

Atualmente, o sistema jurídico brasileiro adota os dois modelos de controle, o difuso e o concentrado. Acerca do assunto, pontual é a lição de Carlos Blanco:

O modelo português, acompanhado do brasileiro, é dos poucos sistemas que combina um processo de controlo difuso da constitucionalidade, realizado em sede de fiscalização concreta, com processos de fiscalização abstractos, operando em via principal.<sup>155</sup>

Assim, é possível observar a adoção de um sistema misto de fiscalização no Brasil, em que se encontra o controle difuso, exercido de maneira incidental na análise da lide concreta, coexistindo com o controle concentrado, efetivado por via de ação proposta para análise da norma em abstrato.

### 3.4 PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM MATÉRIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL: DECLARAÇÕES DE NULIDADES

O controle de constitucionalidade das normas permite a manutenção da higidez do ordenamento jurídico, por extirpar aquilo que não se harmonize com a Constituição Federal, de forma a garantir a estabilidade do sistema político do Estado.

A princípio, o Brasil adotou a tese da nulidade absoluta da norma inconstitucional, com a consequente desconstituição de todos os efeitos produzidos por ela até então, dogmática herdada do direito norte-americano, no qual inconstitucionalidade e nulidade estão sempre juntas.

É possível extrair a preocupação com a declaração de nulidade total por parte da doutrina constitucionalista, por ser inapropriada para algumas situações. É o que se observa na leitura de Canotilho:

---

<sup>154</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 73.

<sup>155</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 330.

A sanção da nulidade com as características atrás assinaladas (no direito civil e no direito administrativo) pode revelar-se uma sanção pouco adequada para certas situações que, embora imperfeitas sob o ponto de vista constitucional – situações constitucionais imperfeitas – exigem um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta.<sup>156</sup>

Com a superveniência da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a declaração de inconstitucionalidade passou a gerar efeitos diversos da nulidade total do ato normativo, conforme se verá.

#### 3.4.1 Declaração de nulidade total

A declaração *total* de nulidade sobrevém com a declaração de inconstitucionalidade total de lei ou ato normativo. Pode ocorrer como expressão de unidade técnico-legislativa ou em virtude da dependência entre partes constitucionais e inconstitucionais da lei.<sup>157</sup>

A Constituição Federal de 1988 possui disposições relativas à distribuição de competência legislativa entre a União, os Estados e o Distrito Federal e regras que asseguram a reserva de iniciativa legislativa a determinado órgão ou poder. São preceitos intransponíveis e sua inobservância acarreta a declaração de nulidade total da norma. Nas palavras de Carlos Blanco, “Vícios de incompetência radicais, em razão da sua seriedade, geram os valores negativos também mais graves do acto organicamente inconstitucional, centrados na inexistência”.<sup>158</sup>

Esse controle na produção do ato normativo é consequência da tripartição e independência dos Poderes da União. Leciona João Bosco:

A teoria da separação e da independência dos poderes é técnica de distribuição de atribuições e funções, o que demonstra ser substancialmente política a sua adoção. A atuação de todos os Poderes visa o bem geral comum, o que não exclui a contenção e fiscalização de um Poder pelo outro, nem a obrigação de cada Poder exercitar sua competência nos estritos termos e limites estabelecidos pela Constituição.<sup>159</sup>

Por causar um vício grave e intransponível, a declaração de nulidade total da norma é decorrência da inobservância das regras de repartição de competência.

<sup>156</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 957.

<sup>157</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1.420 e ss.

<sup>158</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. Op. cit., p. 157.

<sup>159</sup> CASTRO, João Bosco Marcial de. Op. cit., p. 45.



Há situações nas quais o Supremo Tribunal Federal observa a inconstitucionalidade de parte da norma, bem como a interdependência da parte viciada com os demais dispositivos ali constantes, ensejando a declaração total de nulidade em virtude da dependência entre partes constitucionais e inconstitucionais da lei. É o que aconteceu no julgamento da Representação nº 1.379:

Representação de inconstitucionalidade. Sistema duplo de vencimentos e de vantagens para a magistratura da mesma carreira e inconstitucional. No caso, declara-se a inconstitucionalidade de toda a sistemática, porque a declaração de inconstitucionalidade parcial importaria verdadeira criação de uma lei nova, não votada pelo legislativo, que, presumidamente, não a votaria por afastar-se da orientação que presidiu a sua feitura. Representação que se julga procedente para declarar inconstitucionais os artigos terceiro, quarto (e seu parágrafo único), quinto (e seus parágrafos) e sexto da lei 9.262, de 11 de setembro de 1986, do estado de minas gerais. Ressalva quanto ao anexo II da referida lei.<sup>160</sup>

A declaração de inconstitucionalidade ocorre por arrastamento quando atinge dispositivos não impugnados pelo autor da ação, em razão de sua dependência normativa em relação aos dispositivos constitucionais expressamente impugnados. O Supremo Tribunal Federal flexibilizou o princípio da correlação do pedido para declarar a inconstitucionalidade de dispositivos não questionados, em razão da interdependência normativa com o texto questionado.<sup>161</sup>

Leciona Kelsen:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.<sup>162</sup>

O certo é que a declaração de inconstitucionalidade, com a consequente nulidade total da norma, decorrente da interdependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais, permite a manutenção da unidade estrutural rígida do ordenamento jurídico.

<sup>160</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em representação n. 1379-MG. Relator Ministro Moreira Alves. DJ 11 set 1987 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rp%24%2ESCLA%2E+E+1379%2ENUME%2E%29+OU+%28Rp%2EACMS%2E+ADJ2+1379%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bpjslcr>>. Acesso em 10 mai. 2014.

<sup>161</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1.422.

<sup>162</sup> Kelsen, Hans, 1988. p. 155.

### 3.4.2 Declaração de nulidade parcial

A declaração de nulidade parcial permite decotar o texto inconstitucional e deixar vigentes os demais dispositivos que podem coexistir de forma autônoma.

Na lição de Mendes, somente é possível a declaração parcial de nulidade se estiverem presentes as condições objetivas de divisibilidade, aferidas por meio do exame do grau de dependência entre os dispositivos, sem alterar a vontade do legislador. Acrescenta ainda que “devem ser investigadas não só a existência de uma relação de dependência (unilateral e recíproca), mas também a possibilidade de intervenção no âmbito da vontade do legislador”.<sup>163</sup>

O Ministro Marco Aurélio de Melo, em pronunciamento na ADI nº 3.459/RS, assentou o entendimento acerca da impossibilidade jurídica do pedido, quando a declaração parcial de nulidade faz surgir uma normatização estranha à vontade do legislador. Segue a ementa:

Carência da ação. Processo objetivo. Pedido de declaração de inconstitucionalidade. Consequência. Surgimento de normatização. Uma vez surgindo, como consequência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, normatização estranha ao crivo da Casa Legislativa, forçoso é concluir pela impossibilidade jurídica.<sup>164</sup>

Assim, a utilização da declaração de nulidade parcial por vício de inconstitucionalidade está condicionada a manter a unidade normativa do ato objeto de análise, porquanto não é permitido trazer ao ordenamento jurídico uma nova lei, distorcida das concepções que inspiraram o legislador.

### 3.4.3 Declaração de nulidade parcial sem redução de texto

Há situações que ensejam a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, técnica importada do direito alemão (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), que consiste em excluir determinada hipótese descrita na decisão do órgão prolator, da aplicação

<sup>163</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-199*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 452-453.

<sup>164</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em ação direta de inconstitucionalidade n. 3459-RS. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ 07 abr. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3459%2E+NUMERO%2E+29+OU+%28ADI%2E+ACMS%2E+ADJ2+3459%2E+ACMS%2E+29&base=baseAcordoes&url=http://tinyurl.com/aav2796>>. Acesso em 12 mai. 2014.

do programa normativo, sem que o texto sofra alteração em seu conteúdo, uma vez que, para os demais casos não especificados no pronunciamento judicial, a norma é válida e eficaz.

A declaração de nulidade sem redução de texto é bastante utilizada no Brasil, em especial ao se considerar a possibilidade de manter a lei ou ato normativo vigente, como ocorreu na Representação 1454/DF, cujo entendimento excluiu as universidades estaduais da aplicação da lei de Diretrizes e Bases da Educação no que concerne à obrigatoriedade da lista tríplice para preenchimento de cargos de direção superior. Segue a ementa para elucidação:

Universidades e estabelecimentos oficiais de nível superior. A determinação do número dos componentes das listas destinadas à escolha dos seus dirigentes, não sendo matéria de diretriz e base, escapa à competência legislativa da União, em relação às entidades oficiais de ensino, situadas fora do âmbito federal (Constituição, art. 82, XVII, *q*, e art. 177), valendo, apenas, no que concerne às mantidas pela União. Representação julgada improcedente, desde que se interprete o § 12 da Lei n. 5.540/68, com a redação dada pela de n. 6.420/77, como somente aplicável às Universidades e estabelecimentos superiores, no âmbito federal.<sup>165</sup>

Ao analisar a conformidade da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, que autorizava à União instituir o IPMF (imposto provisório sobre a movimentação ou a transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira), sem observar dois princípios basilares do direito tributário – a anterioridade e as imunidades previstas no art. 150, III, b e VI, da Constituição) –, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, por arrastamento, da Lei Complementar nº 77/93, consoante ementa na ADI nº 939/DF.

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5º, par. 2º, 60, par. 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5º, par. 2º, art. 60, par. 4º, inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de

<sup>165</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em representação n. 1454-DF. Relator Ministro Octavio Gallotti. DJ 20 maio 1988. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rp%24%2ESCLA%2E+E+1454%2ENUME%2E%29+OU+%28Rp%2EACMS%2E+ADJ2+1454%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n3sn33t>>. Acesso em: 10 mai. 2014.

impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que a garantia da Federação (art. 60, par. 4º, inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993<sup>166</sup>.

Por fim, importante observar que a inconstitucionalidade do ato normativo pode desencadear uma das três declarações de nulidade observadas, a partir da ponderação da estabilidade das relações sociais envolvidas e da segurança jurídica.

### 3.5 A ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DIANTE DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE DIFUSO

A declaração de inconstitucionalidade proferida nas ações em que se observa o controle difuso produz eficácia apenas entre as partes litigantes. A norma deixa de ser aplicada tão somente àquelas partes do processo, permanecendo válida e eficaz no ordenamento jurídico.

Isso ocorre porque o principal objetivo da ação não é a declaração de inconstitucionalidade da norma, mas o bem da vida perseguido pelas partes, tanto que o ato emanado do Poder Público não é o alvo principal da ação proposta, mas apenas a fundamentação jurídica do pedido. A questão constitucional é prejudicial, incidental à decisão que versar sobre a existência ou inexistência da relação jurídica.

A decisão do tribunal que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pressupõe maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial, exigência constante desde a Constituição de 1934, presente até os dias atuais. Cuida-se da chamada cláusula de reserva de plenário, fixada pelo artigo 97 da Constituição Federal. Ela não é

<sup>166</sup>BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em ação direta de inconstitucionalidade n. 939. Relator Ministro Sydney Sanches. DJ 18 mar 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+939%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+939%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a55wf9v>>. Acesso em: 10 maio 2014.

especial ao controle difuso, mas é uma regra geral aplicável a todas as modalidades de pronunciamento constitucional nos órgãos colegiados.<sup>167</sup>

Uma vez provocado o pronunciamento do Tribunal acerca da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, fixado o entendimento pelo órgão superior, os demais órgãos fracionários devem observar a decisão. Somente remeteriam a questão para nova análise se houvesse alteração no entendimento do próprio Tribunal. Nas palavras de Mendes, “Essa orientação racionaliza o procedimento relativo ao incidente de controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais” ao evitar a renovação contínua do “complexo processo previsto no art. 97 da Constituição, se a posição do Tribunal não sofreu alteração significativa”.<sup>168</sup>

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a matéria, afirmou a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que a respectiva Corte já se tenha pronunciado sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei questionada. Eis a ementa:

Inconstitucionalidade. Incidente. Deslocamento do processo para o órgão especial ou para o pleno. Desnecessidade. Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo.<sup>169</sup>

No Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins<sup>170</sup> é atribuição exclusiva do Tribunal Pleno a declaração incidental de inconstitucionalidade, que pode ser arguida por qualquer das partes, pelo órgão do Ministério Público ou por Desembargador, condicionada a declaração à aprovação da maioria absoluta dos membros. Para a instalação da sessão é necessária a presença de oito, dos doze membros.

<sup>167</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 120.

<sup>168</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., 2006, p. 364.

<sup>169</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em agravo de instrumento n. 168.149-RS. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ 04 ago. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000108114&base=baseAcordaos>>. Acesso em 13 mai. 2014.

<sup>170</sup> TOCANTINS. *Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins*. Resolução n. 004, de 07 de junho de 2001. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Disponível em: <[www.tjto.jus.br](http://www.tjto.jus.br)>. Acesso em: 13 mai. 2014.

O artigo 142 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins vincula a decisão proferida pelo Tribunal Pleno aos demais órgãos da Corte<sup>171</sup>, justamente para evitar a existência de decisões conflitantes.

É possível concluir que o ordenamento jurídico prevê a cláusula de reserva de plenário, condicionada à suspeita de inconstitucionalidade da norma pelo órgão fracionário. Caso entenda pela constitucionalidade da norma, a turma prosseguirá o julgamento da matéria principal, conforme determina o art. 481, *caput*, do Código de Processo Civil.<sup>172</sup>

Portanto, após a fixação da orientação do órgão especial, nos termos do art. 97, poderá o fracionário decidir como de direito, devendo guardar observância da decisão sobre a questão constitucional.<sup>173</sup>

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no artigo 52, inciso X, a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.<sup>174</sup> Assim, poderá ampliar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida no julgamento do recurso extraordinário, que deixará de ter eficácia *inter partes* para ter validade *erga omnes*. Observa Lenio Streck:

Como se trata de uma das Casas do Poder Legislativo, o Senado Federal não teria como estar vinculado ao entendimento do Supremo Tribunal, o que também é pacificamente aceito pelo próprio STF. Porém, se o Senado Federal decidir pela suspensão, deverá fazê-lo, nos termos do entendimento esboçado pelo STF, a fim de preservar a autoridade dos julgados deste último. Tem-se aqui, do ponto de vista da idealidade, um sistema de controle bem formulado e, do ponto de vista do realismo, que não tem sido a fonte de martírios para a Constituição da República.<sup>175</sup>

<sup>171</sup> TOCANTINS. *Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins*. Resolução n. 004, de 07 de junho de 2001. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Art. 142. A decisão que declarar a inconstitucionalidade ou rejeitar a arguição será de aplicação obrigatória para todos os órgãos do Tribunal. Disponível em: <[www.tjto.jus.br](http://www.tjto.jus.br)>. Acesso em 13 mai. 2014.

<sup>172</sup> BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o código de processo civil. Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 13 maio 2014.

<sup>173</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., 2006, p. 362.

<sup>174</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 maio 2014.

<sup>175</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. Texto disponibilizado na Revista Consultor Jurídico em 03 de agosto de 2007. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva\\_stf\\_controle\\_difuso](http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso)>. Acesso em 27 de nov. 2014.

Para Barroso<sup>176</sup>, o papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso enfrenta quatro questões atualmente discutidas na doutrina e na jurisprudência.

A primeira diz respeito a atuação do Senado Federal ter caráter de ato discricionário, submetido ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa, “não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo, negando, assim, a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo”, a exemplo do ocorrido no Recurso Extraordinário nº 150.764/PE<sup>177</sup>. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei 7.689/88, que instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Realizada a comunicação ao Senado Federal, a Comissão de Constituição e Justiça elaborou parecer pela não suspensão da norma, decisão comunicada ao Presidente da República e ao Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a doutrina contempla entendimento diverso, a exemplo da obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de onde se deduz que “A suspensão da norma declarada inconstitucional não é posta a critério do Senado Federal, mas lhe é imposta como obrigatória. Do contrario, estaria a convalidar um ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico”.<sup>178</sup>

A segunda questão apresentada restringe a competência do Senado às hipóteses de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, afastando a comunicação dirigida à Casa Legislativa nas declarações de inconstitucionalidade realizadas pela via abstrata, porquanto a decisão é suficiente para a lei ou ato normativo perder a eficácia.

A terceira observação elastece a dicção do art. 52, X, para incluir “todos os atos normativos de quaisquer dos três níveis de poder, vale dizer, o Senado também suspende atos estaduais e municipais, desde que venham a ser declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>179</sup>, condicionado à utilização de métodos que afetam a vigência da norma questionada.

<sup>176</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., pp. 156-157.

<sup>177</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em recurso extraordinário n. 150.764-PE. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 02 abr. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+150764%2E+NUMERO%2E%29+OU+%28RE%2E+ACMS%2E+ADJ2+150764%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bq6ab38>>. Acesso em 13 mai. 2014.

<sup>178</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 43.

<sup>179</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 156.

Por fim, Barroso pontua a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à suspensão do ato normativo pelo Senado Federal. Sobre o tema, convém esclarecer, inicialmente, que a modulação dos efeitos da decisão era aplicada especificamente para a ação direta de inconstitucionalidade, tal qual dispõe a Lei 9.868/1999. Entretanto, numa interpretação sistemática, o Supremo Tribunal Federal estendeu a possibilidade de modular os efeitos às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade pela via de exceção.<sup>180</sup>

Referido entendimento tem sido adotado recorrentemente pela Corte Especial, consoante se infere do excerto exarado:

A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex tunc* (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - (Pleno). AI: 720991 RJ, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19/05/2009, Data de Publicação: DJe-097 DIVULG 26/05/2009 PUBLIC 27/05/2009).

O Tribunal tem justificado a extensão da aplicação aos casos de inconstitucionalidade *in concreto* sob dois fundamentos, a saber: o primeiro, é de que não haveria qualquer tipo de incompatibilidade entre a modulação e sua aplicação aos casos de controle incidental, uma vez que a base constitucional para a limitação dos efeitos – ou seja, a proteção de outros valores que se encontrariam ameaçados pela retroatividade da decisão – diz respeito indistintamente à revisão judicial como um todo; segundo, o Brasil possui um sistema misto de controle de constitucionalidade, que não admitiria uma distinção tão rígida entre os regimes de um e de outro, haja vista que suas decisões em controle incidental “afetariam os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias”.<sup>181</sup>

O certo é que a evolução legislativa empresta efeitos *ex nunc* e *pro futuro* à decisão de controle difuso de constitucionalidade, fundamentado no já mencionado artigo 27 da Lei 9.868/99<sup>182</sup>, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

<sup>180</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 197.917, julgado em 07 de maio de 2004. Relacionava-se com autonomia municipal para legislar sobre quantidade de vereadores nos municípios. No referido caso concreto, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que a declaração de nulidade das legislações que se mostravam dissonantes do texto constitucional afrontaria ao interesse público, bem como geraria insegurança jurídica.

<sup>181</sup> RE 197.917/SP, p. 43 e 47; HC 82.959/SP, p. 115 e s.

<sup>182</sup> BRASIL. *Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2014.



É fato incontroverso, pois, que a complexidade das relações jurídico-sociais, aliadas à evolução do direito constitucional, minimizou a aplicação da teoria da nulidade com efeitos *ex tunc* da lei declarada inconstitucional, por gerar danos maiores do que a aplicação da lei inconstitucional às situações pretéritas, formalizando um mecanismo de ponderação de princípios, já que em determinadas situações, a aplicação da norma inconstitucional se dá por um lapso temporal largamente estendido, que chega a tornar praticamente impossível a declaração de sua nulidade absoluta, desconstruindo relações jurídicas já sedimentadas, causando a temida insegurança jurídica.<sup>183</sup>

O artigo 27 da Lei n. 9.868/99, com efeito, codificou no direito brasileiro a concepção da Corte Constitucional da Alemanha acerca da inconstitucionalidade progressiva da lei ou ato normativo. A lei é considerada constitucional enquanto determinada circunstância de fato estiver presente, e na medida em que houver modificação na situação fática, a lei passa a ser inconstitucional.

Para Mendes:

O dispositivo em questão permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre os princípios da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social de outro. Assim, o princípio da nulidade somente será afastado '*in concreto*' se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.<sup>184</sup>

O Supremo Tribunal Federal já vinha mitigando os efeitos de declaração de inconstitucionalidade antes da promulgação da Constituição em 1988 e a vigência da Lei nº 9868/99. No Recurso Extraordinário nº 78.533/SP, julgado em 13 de novembro de 1981, há questionamento acerca da validade do ato de penhora realizado por funcionário público do Estado de São Paulo, cuja função foi delegada por ato normativo estadual declarado inconstitucional, e não por oficial de justiça. Na ocasião, o Tribunal entendeu que a penhora realizada era válida, apesar da declaração da invalidação do ato de nomeação do meirinho. Confira-se a ementa:

Administrativo. Funcionário de fato. Investidura baseada em norma posteriormente declarada inconstitucional. A nulidade não envolve uma das fases de ato complexo,

<sup>183</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 239 e ss.

<sup>184</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Publico, nº 19, julho/agosto/setembro, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 14 maio 2014.

de mera execução de ordem legítima, com a sua consequência normal e rotineira. Aparência de legalidade e inexistência de prejuízo. Recurso extraordinário, pela letra c do art. 119, III, da Constituição, não conhecido.<sup>185</sup>

Atualmente o Supremo Tribunal Federal tem utilizado a técnica sempre que a declaração de inconstitucionalidade se mostrar inadequada, a exemplo do Recurso Extraordinário nº 600.885/RS, que discute a regulamentação, pelo edital do concurso, da idade para ingresso nas forças armadas, sendo que a Constituição Federal, no artigo 142, § 3º, teria atribuído à lei tal competência.

Para dar solução adequada ao caso concreto, a ministra Carmem Lúcia invocou o princípio da segurança jurídica, sob o argumento de que, após mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, o certo é aplicar a modulação dos efeitos da não-recepção da expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” para manter a validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei nº 6.880/1980, até 31 de dezembro de 2011. A decisão foi publicada no Diário de Justiça eletrônico nº 125, na data de 1º de julho de 2011.<sup>186</sup> Restou assim ementado:

Direito constitucional e administrativo. Concurso público para ingresso nas forças armadas: critério de limite de idade fixado em edital. Repercussão geral da questão constitucional. Substituição de paradigma. Art. 10 da Lei N. 6.880/1980. Art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República. Declaração de não-recepção da norma com modulação de efeitos. Desprovisionamento do recurso extraordinário. 1. Repercussão geral da matéria constitucional reconhecida no Recurso Extraordinário n. 572.499: perda de seu objeto; substituição pelo Recurso Extraordinário n. 600.885. 2. O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas. 3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal. 4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei n. 6.880/1980. 5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não-recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011. 6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos.

<sup>185</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em recurso extraordinário n. 78.533-SP. Relator Ministro Firmino Paz. DJ 26 fev. 1982. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000050536&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 mai. 2014.

<sup>186</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em recurso extraordinário n. 600.885-RS. Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA. DJe 01 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+600885%2E+ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+600885%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/av86e24>>. Acesso em: 15 mai. 2014.

Portanto, é possível verificar que a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pressupõe a ponderação dos termos indeterminados, segurança jurídica e excepcional interesse social. O tema será objetivo de tópico específico, dada a relevância de que se reveste para a presente pesquisa.

### 3.6 AS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO E OS EFEITOS DE SUAS DECISÕES

O controle de constitucionalidade exercido em um único tribunal recebe a denominação de controle concentrado. No Brasil, por força do art. 102 da CRFB<sup>187</sup>, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar as ações cujos parâmetros se encontram nos preceitos constitucionais. Quando a discussão for acerca de paradigmas estaduais, a competência será dos Tribunais de Justiça.<sup>188</sup>

Inspirado no modelo austríaco, o controle por via principal é um exercício atípico de jurisdição que tem como controvérsia central o exame de constitucionalidade de lei ou ato normativo, restando ausente o interesse subjetivo de particulares.

Sempre que o juízo de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo e a sua permanência ou não no sistema forem a questão *principal* a ser enfrentada, estar-se-á diante do controle por via principal.<sup>189</sup>

Ao abordar o controle concentrado realizado pelo Tribunal Constitucional Português, descrito por Ana Catarina Santos, é possível vislumbrar semelhança com o instituto no Brasil, em especial diante da afirmação de que “em vinte e cinco anos de história o TC esteve na linha de frente da discussão dos temas que mais marcaram a história política e social de Portugal no período, após o 25 de abril de 1974”<sup>190</sup>, e prossegue:

<sup>187</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 29 mai. 2014.

<sup>188</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2014.

<sup>189</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 180

<sup>190</sup> O texto publicado pelo Tenente-Coronel António Costa Mota, Secretário Geral da Associação de Oficiais das Forças Armadas - AOFA, em 25 de março de 2014, esclarece “Na madrugada de 24 para 25 de Abril de 1974, um conjunto alargado de Militares, após meses de conspiração, planeou, organizou, dirigiu e levou à prática aquela que foi, é e sempre será uma das mais belas páginas da História de Portugal da qual todos nos devemos de orgulhar; A Revolução Militar de 25 de Abril que veio a permitir que em Portugal, finalmente, se instaurasse um

Os assuntos tratados, além da relevância nacional, são de grande melindre, pois é nesse âmbito que o TC intervém na sequência de conflitos institucionais entre órgãos de soberania, no relacionamento entre vários poderes públicos, entre os órgãos do poder político e etc.<sup>191</sup>

Por sua vez, Cappelletti entende que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade está baseado em uma doutrina radicalmente contraposta àquela em que se estrutura o sistema difuso. Em sua clássica obra sobre o controle de constitucionalidade no direito comparado faz a seguinte ressalva:

Com efeito, é obvio que no sistema ‘concentrado’ não vale mais o clássico raciocínio de Hamilton e de Marshall, que resolvia – ao menos aparentemente (supra, § 5) – o problema da lei inconstitucional e do seu controle judicial, em plano de mera interpretação e de conseqüente aplicação e não aplicação da lei. Em lugar daquele raciocínio, vale aqui, antes, a doutrina da supremacia da lei e/ou da nítida separação dos poderes, com exclusão de um poder de controle da lei por parte dos juízes comuns. Na verdade, no sistema de controle ‘concentrado’, a inconstitucionalidade e conseqüente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito ‘válido’ nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional. Ao contrário, os juízes comuns – civis, penais administrativos – são incompetentes para conhecer, mesmo *incidenter tantum* e, portanto, com eficácia limitada ao caso concreto, da validade das leis. Eles devem sempre, se assim posso me exprimir, ter como boas as leis existentes, salvo, eventualmente – como acontece na Itália e na Alemanha, mas não na Áustria – o seu poder de suspender o processo diante deles pendente, a fim de argüir, perante o Tribunal especial Constitucional, a questão de constitucionalidade surgida por ocasião de tal processo.<sup>192</sup>

No Brasil, conforme já mencionado, cinco ações são utilizadas para questionar a constitucionalidade das leis e atos normativos, que serão melhor discorridas a seguir.

### 3.6.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação é o instrumento pelo qual é exercido o controle judicial de constitucionalidade por via principal ou por ação direta. Barroso<sup>193</sup> explica que sua origem tem como antecedente a representação interventiva, criada pela

---

Regime Democrático, tendo como grandes objectivos os célebres três “D”; Democratizar, Desenvolver e Descolonizar! Cf. MOTA, António Costa. *Portugal antes e depois do 25 de Abril*. Da Ditadura Política à Ditadura Financeira. Disponível em: <[http://www.aofa.pt/documentos/outrasactividades/37\\_0083.pdf](http://www.aofa.pt/documentos/outrasactividades/37_0083.pdf)>. Acesso em: 07 abr. 2015.

<sup>191</sup> SANTOS, Ana Catarina. *Papel político do Tribunal Constitucional: o Tribunal Constitucional (1983-2008): contributos para o estudo do TC, seu papel político e politização do comportamento judicial em Portugal*. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, p. 94.

<sup>192</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 96.

<sup>193</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 179.

Constituição de 1934. Todavia, merece destaque a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que introduziu ao sistema a ação genérica de inconstitucionalidade, ampliando o objeto do controle realizado por via principal, “dando início à trajetória que o conduziria a uma posição de destaque dentro do sistema”. Explica que:

Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal. O controle incidental e difuso, por sua vez, não foi afetado pela inovação, passando ambos a conviver entre si.<sup>194</sup>

Com a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, foram introduzidas no ordenamento jurídico duas alterações substanciais, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual e a possibilidade de conceder medida cautelar nas representações genéricas de inconstitucionalidade.<sup>195</sup>

Consagrada pela Constituição Federal de 1988, no art. 102, I, *a*, primeira parte, a ação direta de inconstitucionalidade foi concebida com o objetivo de assegurar a supremacia da Constituição dentro do sistema jurídico, declarando a invalidade de leis e atos normativos incompatíveis com seus preceitos. Devido à sua importância, recebeu regulamentação própria por meio da Lei nº 9.868/99.

O rol de legitimados ativos está disposto no artigo 103 da Constituição Federal, onde constam o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.<sup>196</sup> A Lei nº 9.868/99 acresceu a legitimidade da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e do Governador do Distrito Federal.<sup>197</sup>

---

<sup>194</sup> *Idem, ibidem*, p. 86

<sup>195</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade*. Teoria e prática. Revista, ampliada e atualizada. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. pp. 95-96.

<sup>196</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 29 maio 2014.

<sup>197</sup> BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em 01 jun. 2014.

Por ocasião do julgamento de questão de ordem na ADI 127 MC-QO/AL, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que as autoridades constantes nos incisos I a VII possuem capacidade postulatória, segundo a primeira parte da ementa:

O governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, *ex vi* da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado.<sup>198</sup>

Com a alteração no número de legitimados para a interposição da ADI, houve a redução do significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, porquanto as controvérsias constitucionais relevantes passaram à análise de conformidade constitucional em abstrato perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>199</sup>

O art. 66, § 1º, da Constituição Federal instrumentaliza o Chefe do Poder Executivo com o poder de veto quando a lei se apresentar inconstitucional ou contrária ao interesse público. Todavia, sancionando projeto de lei juridicamente viciado, não existe limitação à legitimidade de questionar a validade da lei.<sup>200</sup> Mendes cita em sua obra o parecer de L. C. Miranda Lima<sup>201</sup>, em defesa do descumprimento da lei inconstitucional pelo Executivo.

O Poder Executivo, que deve conferir o Projeto com a Constituição, cooperando com o Legislativo no zelo de sua soberania, se o sanciona por inadvertido de que a ela afronta, adiante, alertado do seu erro, no cumprimento de seu dever constitucional de a manter e defender, há de buscar corrigi-lo, e se outro meio não encontrar para tanto, senão a recusa em a aplicar, deixará de lhe dar aplicação.<sup>202</sup>

<sup>198</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão na Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.127/AL. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 04/12/1992 p. 23057. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266140>>. Acesso em 01 jun. 2014.

<sup>199</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. 2006, p. 140.

<sup>200</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 66 § 1º - § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 1º jun. 2014.

<sup>201</sup> LIMA FILHO, Leopoldo César de Miranda. Consultor Geral da República na presidência de Janio Quadros e ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Leopoldo\\_C%C3%A9sar\\_de\\_Miranda\\_Lima\\_Filho](http://pt.wikipedia.org/wiki/Leopoldo_C%C3%A9sar_de_Miranda_Lima_Filho)>. Acesso em: 1º jun. 2014.

<sup>202</sup> *Idem, ibidem*, p. 154

Conclui, ao final, pela admissibilidade da ação direta proposta pelo Chefe do Executivo com o objetivo de atacar a lei sancionada, sobretudo diante da dificuldade de aferir, com segurança, a validade constitucional da norma antes de sua promulgação.<sup>203</sup>

A legitimidade das mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal demonstra que o direito de propor a ação direta de inconstitucionalidade desconsiderou o poder emissor do ato questionado. Não se confundem com a mesa do Congresso Nacional, órgão diverso e sem legitimidade para questionar leis e atos normativos em face dos preceitos constitucionais. Em sua obra, Barroso destaca que o aumento do rol de legitimados acrescentou à legitimidade do Procurador-Geral da República a função de atuar como representante do interesse público e não mais como representante da União, e continua,

Afigura-se como boa prática institucional que o Chefe do Ministério Público Federal encaminhe para conhecimento da Suprema Corte todas as representações que receba e que sejam fundadas em argumentos revestidos de seriedade e plausibilidade. Posteriormente, ao emitir parecer sobre a matéria, poderá opinar pelo acolhimento ou não do pedido.<sup>204</sup>

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, juntamente com o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Procurador-Geral da República, compõem os chamados legitimados universais, pois não precisam demonstrar interesse temático para propor a ADI.<sup>205</sup>

O partido político com representação no Congresso Nacional, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, as mesas das Assembleias Legislativas estaduais e a Câmara Legislativa Distrital precisam demonstrar a pertinência temática relativa à função desempenhada perante a sociedade e o conteúdo do ato impugnado. Os Governadores devem demonstrar que a lei questionada tem reflexos na respectiva unidade da federação. As casas legislativas precisam comprovar o vínculo entre o conteúdo da norma impugnada e seus interesses. Já os sindicatos e associações devem precisar a relação de seus sindicalizados e associados com a propositura da ADI.<sup>206</sup>

<sup>203</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle adstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94.

<sup>204</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 189

<sup>205</sup> BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 1.336-1337.

<sup>206</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012. pp. 825-826.

A legitimidade passiva recai sobre o órgão do Poder Público, emissor da lei ou ato normativo questionado na ação, e será chamado a prestar informações no prazo de quinze dias, consoante art. 6º da Lei nº 9.868/99.<sup>207</sup>

Os atos normativos, objeto de questionamento abstrato, serão aqueles emanados, obrigatoriamente, do Poder Público, afastando as pessoas privadas do polo passivo da ação.

Por força do próprio trecho constitucional, a defesa da norma será de responsabilidade do Advogado Geral da União, não importando se emanada do Poder Público Federal ou Estadual.<sup>208</sup>

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade são os atos normativos primários, federais e estaduais, que trouxerem inovação ao ordenamento jurídico, dotado de abstração, generalidade e autonomia. São eles os tratados internacionais, emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções, regimento interno dos tribunais, decretos autônomos e legislação estadual.<sup>209</sup>

Registre-se, por oportuno, que a jurisprudência passou a contemplar a possibilidade de concessão da medida cautelar<sup>210</sup> às ações diretas de inconstitucionalidade, posteriormente regulamentada pela Lei nº 9.868/99.<sup>211</sup>

### 3.6.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

Enquanto as demais ações relativas à verificação da constitucionalidade dos atos normativos referem-se a textos introduzidos no ordenamento jurídico, a inércia na elaboração desses atos, essenciais para o exercício de determinado comando constitucional, também pode ser desafiado por ação de controle de inconstitucionalidade. Mas nem sempre foi assim.

<sup>207</sup> BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em 01 jun. 2014.

<sup>208</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 103 § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 01 jun. 2014.

<sup>209</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014. p. 172.

<sup>210</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2014.

<sup>211</sup> BRASIL. *Lei n. 9.869, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em 02 jun. 2014.



Os primeiros textos a positivarem a omissão legislativa foram as Constituições da Iugoslávia, no ano de 1974, e a de Portugal, em 1976. No plano jurisprudencial, as discussões vinham acontecendo desde o final da década de 1950, a exemplo da Alemanha e da Itália.<sup>212</sup>

A omissão legislativa possui conceito, sentido e extensão bem mais expressivos do que aquele definido como o *não fazer*, porquanto relacionado ao descumprimento daquilo que se está obrigado constitucionalmente. Nas palavras de Canotilho, “para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão constitucional”, e continua:

As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição. Consequentemente, devemos separar omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos, do não cumprimento da constituição derivado da não actuação de normas-fim ou normas-tarefa, abstractamente impositivas.

[...]

Existe ainda omissão legislativa quando a constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem normas exequíveis por si mesmas, reenviando implicitamente para o legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática.

[...]

Verifica-se também uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não cumpre as ordens de legislar constitucionalmente consagradas em certos preceitos constitucionais. As ordens de legislar, diferentemente das imposições constitucionais (que são determinações permanentes e concretas), traduzem-se, em geral, em imposições únicas (isto é: imposições concretas mas não permanentes) de emanção de uma ou várias leis necessárias à criação de uma nova instituição ou à adaptação das velhas leis a uma nova ordem constitucional.<sup>213</sup>

Ao estudar a omissão legislativa em Portugal, Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu, aponta uma série de problemas endêmicos na fiscalização abstrata realizada pelo Tribunal Constitucional:

A legitimidade ativa estar reduzida a um número apertado de entidades; a interpretação literal do preceito conduzir à sua total desadequação da realidade atual e, concomitantemente, arredar do conhecimento jurisdicional a fiscalização das omissões decorrentes da inobservância dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, de adequação das normas vigentes e de reposição da igualdade violada.<sup>214</sup>

<sup>212</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. pp. 57-58.

<sup>213</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. cit, p. 1.035.

<sup>214</sup> ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. pp. 130-131.

A solução encontrada e descrita em sua obra, assim como no Brasil, será a comunicação da ausência normativa no sistema ao legislador ordinário. No entanto, questiona a circunstância de existir um mecanismo de fiscalização por ação a ser utilizado em sede de controle concreto e abstrato, todavia “não seja possível o controlo concreto da inconstitucionalidade por omissão, quando nenhuma explicação substancial foi dada neste sentido.”<sup>215</sup>

Por refletir os processos e instrumentos próprios dos ordenamentos liberais<sup>216</sup>, Canotilho apresenta outra espécie de omissão legislativa:

Na doutrina mais recente salienta-se a possibilidade de omissão legislativa pelo não cumprimento da obrigação do legislador em melhorar ou corrigir as normas de prognose (= prognóstico, previsão) incorretas ou defasadas perante circunstâncias supervenientes omissão por falta de actualização ou aperfeiçoamento de normas. A omissão consiste agora não na ausência total ou parcial da lei, mas na falta de adaptação ou aperfeiçoamento das leis existentes. Esta carência ou défice de aperfeiçoamento das leis assumirá particular relevo jurídico-constitucional quando, da falta de ‘melhorias’ ou ‘correções’, resultem consequências gravosas para a efectivação de direitos fundamentais.<sup>217</sup>

O modelo português reconhece o dever jurídico incidente sobre o legislador omissor, objetivando tornar exequíveis as normas da Constituição, sem, contudo, gerar à população um direito fundamental à legislação.<sup>218</sup>

Colaborando com o pensamento acima exposto, nas palavras de Carlos Blanco, “Trata-se de um controlo desprovido de sanção que recai sobre o legislador quando este se abstém de aprovar leis que devem, nos termos constitucionais, complementar normas da lei fundamental não exequíveis por si próprias”.<sup>219</sup>

Por influência da Carta Portuguesa<sup>220</sup>, a discussão acerca da omissão legislativa antecedeu a Constituição brasileira de 1988, de forma a agregar ao ordenamento jurídico o mandado de injunção, para sanar irregularidades diante da ausência de exequibilidade constitucional nos casos concretos, e a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ser adotada para o controle abstrato de constitucionalidade.<sup>221</sup>

<sup>215</sup> Op. cit. p. 131.

<sup>216</sup> Canotilho. p. 1036.

<sup>217</sup> Op. cit. p. 1035.

<sup>218</sup> Op. cit. p. 1036.

<sup>219</sup> BLANCO, Carlos. p. 331.

<sup>220</sup> ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. *Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências*. Lisboa: Editora Juruá, 2011. p. 91. A autora diz em seu texto: A Constituição brasileira de 1988 foi influenciada pela portuguesa, tendo contemplado a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no artigo 103, § 2º.

<sup>221</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 57-58.

Barroso apresenta relevante observação ao discorrer sobre determinados preceitos normativos extraídos das constituições brasileiras já revogadas, a ser considerada na análise da ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

A experiência constitucional brasileira, da Independência até o início da vigência da Constituição de 1988, é uma crônica da distância entre intenção e gesto, do desencontro entre norma e realidade. A marca da falta de efetividade, impulsionada pela insinceridade normativa, acompanhou o constitucionalismo brasileiro pelas décadas afora, desde a promessa de igualdade de todos na lei, feita pela Carta imperial de 1824 - a do regime escravocrata -, até a garantia a todos os trabalhadores do direito a colônia de férias e clínicas de repouso, constante da Carta de 1969 - a do regime militar. Destituídas de normatividade, as Constituições desempenhavam o papel menor, mistificador, de proclamar o que não era verdade e de prometer o que não seria cumprido. Boa parte da responsabilidade por essa disfunção pode ser creditada à omissão dos Poderes Públicos em dar cumprimento às normas constitucionais.<sup>222</sup>

Ao transportar o problema da omissão para a constituição vigente, dois instrumentos surgem com a finalidade de assegurar a maior efetividade dos preceitos constitucionais que dependem de normas secundárias, o mandado de injunção, para casos concretos, e a ADI por omissão, para o controle abstrato.<sup>223</sup>

Ao debater o assunto, o Supremo Tribunal Federal consignou o desrespeito à Constituição mediante a inércia governamental, e acentuou a impossibilidade do Poder Judiciário suprir a lacuna deixada pelo legislador no controle abstrato:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

[...]

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.

Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF. art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.<sup>224</sup>

<sup>222</sup> Op. cit. p. 275

<sup>223</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 277.

<sup>224</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.1.439/DF. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ em 30.05.2003, p-2112. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347058>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

Marinoni aponta duas situações diversas decorrentes da omissão declarada pelo Poder Judiciário. A sentença será de natureza mandamental, quando for dirigida contra órgão administrativo, com o objetivo de ordenar a adoção das medidas necessárias no prazo de trinta dias. Contudo, encontrando-se no polo passivo o Poder Legislativo, a decisão de procedência será meramente declarativa, portanto “completamente incapaz de dar efetividade à norma constitucional e de adequadamente defender a ordem jurídica”.<sup>225</sup> Segundo o autor, há uma forma de obstar que a efetividade da Constituição dependa do arbítrio do legislador:

Quando a norma não exigir a atuação insubstituível do legislador, o não cumprimento do prazo pelo legislativo abre ao Judiciário, como regra geral, a possibilidade de elaborar a norma faltante para suprir a inércia do legislador, evitando que o seu desprezo à Constituição gere um estado consolidado e permanente de inconstitucionalidade, com o qual o Estado de Direito não pode conviver.

A norma judicial não deve ir além do necessário à tutela da norma constitucional, e, ademais disso, terá eficácia *temporal* até o pronunciamento do legislador. De modo que o Judiciário obviamente não está usurpando o poder do legislador nem agredindo o princípio da separação dos poderes. Está, isto sim, proferindo decisão imprescindível para o próprio Estado se desincumbir do seu grave dever de tutelar a ordem constitucional. Ora, este dever não é apenas do legislador ou do administrador, mas do Estado, tendo aí o Judiciário a função exata de atuar para suprir a omissão daqueles a que, prioritariamente, é cometido o dever de dar tutela às normas constitucionais.<sup>226</sup>

Após a edição das leis de maior relevância, previstas no texto constitucional, ainda é possível encontrar no ordenamento jurídico lacunas parciais, exteriorizadas pela execução insatisfatória do dever de normatização. Na concepção apresentada por Mendes, tal fenômeno ocorre “seja porque o legislador editou a norma que não atende plenamente às exigências constitucionais, seja porque as mudanças nas situações fáticas ou jurídicas estão a exigir uma ação corretiva do legislador”.<sup>227</sup>

Barroso chama a atenção para a possibilidade da atuação judicial suprir a omissão na análise de casos concretos, “o tribunal formula, no âmbito do caso concreto que lhe é dado conhecer, a norma faltante e necessária para a resolução da controvérsia”.<sup>228</sup>

A solução apontada se materializou na análise do caso concreto, por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 708/DF. Na ocasião o Supremo Tribunal Federal apresentou um breve relato histórico da omissão legislativa em relação ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Mais que isso, o Tribunal sinalizou a preocupação com a

<sup>225</sup> MARINONI, Luis Guilherme. p. 1241

<sup>226</sup> *Idem, Ibidem.* pp. 1259-1260.

<sup>227</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, 2006. p. 212.

<sup>228</sup> BARROSO, Luis Roberto. pp. 56-57.

omissão do Poder Judiciário diante de tantas ações propostas visando sanar a questão. Cite-se parte da ementa:

3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2º).<sup>229</sup>

Ao final, o Supremo Tribunal Federal fixou o prazo de sessenta dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria, determinando a aplicação das Leis nº 7.701, de 21 de dezembro de 1988<sup>230</sup> e 7.783, de 28 de junho de 1989<sup>231</sup> “aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores público civis”.

Apesar de não se referir à ação de controle abstrato para extirpar a omissão legislativa do ordenamento jurídico, a solução encontrada pela *ratio decidendi* é utilizada como parâmetro para julgar questões relativas ao direito de greve dos servidores públicos.

<sup>229</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*.

<sup>230</sup> BRASIL. *Lei n. 7.701, de 21 de dezembro de 1988*. Dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos e dá outras providências.

<sup>231</sup> BRASIL. *Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989*. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

Por fim, cumpre observar a importância de extirpar a omissão de inconstitucionalidade do sistema jurídico, em prol do princípio da supremacia da Constituição e a efetivação das normas constitucionais.

### 3.6.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade

Com previsão expressa no artigo 102, inciso I, alínea ‘a’, da Constituição Federal<sup>232</sup>, regulamentada nos artigos 13 a 20 da Lei nº 9.868/1999, a ADC surgiu no Brasil a partir da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993.

A doutrina aponta como antecedente histórico no direito comparado a “evolução experimentada pelo sistema alemão desde Weimar (1919) até a sua consolidação no sistema consagrado pela Lei Fundamental de Bonn (1949).”<sup>233</sup> Em sua obra, Mendes faz um breve relato sobre a decisão precursora da atual declaração de constitucionalidade:

Em 10 de junho de 1953 o *Bundesverfassungsgericht* decidiu, pela primeira vez, uma típica ação declaratória de constitucionalidade. Cuidava-se de ação proposta pelo Governo do Estado da Baixa Saxônia que postulava fosse declarada a constitucionalidade do Regulamento de 8 de julho de 1952, editado por esse governo, sobre a organização judiciária estadual. Referido texto normativo provocou grande controvérsia, tendo o Parlamento estadual recomendado fosse o assunto objeto de análise pela Comissão de Constituição e Justiça. Também a 13ª Câmara do Tribunal Estadual considerou inconstitucional o ato normativo questionado.<sup>234</sup>

A ação declaratória de constitucionalidade emergiu no sistema jurídico, inserida ao contexto da reforma constitucional-tributária, em meio às sucessivas tentativas de estabilizar a economia, que há anos padecia diante de planos econômicos fracassados, corrupção e a queda da renda da população.<sup>235</sup>

Abordada por vários estudiosos do tema, Charles Andrade Froehlich e Elia Denise Hammes, ao discorrerem sobre a alteração produzida pela Emenda Constitucional nº 3/93, pontuam:

Assim, a ação declaratória de constitucionalidade visa a que o STF declare a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, no caso de existência de controvérsia judicial relevante, no Poder Judiciário brasileiro, sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da espécie normativa em questão. Sabemos que existe a presunção de constitucionalidade de toda a norma, mas em face de decisões divergentes sobre esse aspecto, no Judiciário pátrio, temos a

<sup>232</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

<sup>233</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, 2012. p. 433.

<sup>234</sup> *Idem. Ibidem.* p. 438.

<sup>235</sup> *Idem, Ibidem.* p. 432.

possibilidade de ajuizamento de ação declaratória de constitucionalidade para que o STF profira decisão definitiva com efeito *erga omnes* e vinculante, resolvendo a dúvida.<sup>236</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho visualiza na declaração de constitucionalidade a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal anunciar uma decisão definitiva de mérito com “eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário”, e continua:

Em razão dela, todos os tribunais e juízos terão obrigatoriamente de considerar constitucional a norma assim declarada nesta ação de constitucionalidade, independentemente do juízo pessoal de cada magistrado. E isto em qualquer demanda, mesmo, evidentemente, entre pessoas que não intervieram na ação declaratória.<sup>237</sup>

Contextualizada em meio a decisões divergentes em sede de controle abstrato e concreto de constitucionalidade, a pretensão da ação declaratória é certificar a conformidade do ato normativo com a Constituição, “com o efeito prático de paralisar toda e qualquer discussão a respeito do tema tratado na ADC”.<sup>238</sup>

Utilizada unicamente para verificar a constitucionalidade de ato normativo federal, André Ramos Tavares aponta uma peculiaridade singular advinda do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal:

Costuma-se indicar que a ADC é a ADI com sinal invertido, ou seja, o pedido é o inverso daquele cabível na tradicional ação de controle abstrato. Deve-se pedir em ADC a declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo federal (não é cabível par lei estadual ou municipal). O resultado, porém, pode ser a declaração de inconstitucionalidade, no caso de julgamento final pela improcedência do pedido formulado.<sup>239</sup>

Na exposição sustentada por Marinoni, Mitidiero e Sarlet, a controvérsia judicial relevante se materializa na divergência apresentada entre os tribunais, a testemunhar o desencontro entre os Poderes Judiciário e Legislativo, e explica:

Em outras palavras, a razão de ser da declaração de constitucionalidade não está na insegurança propiciada pela incoerência das decisões, mas na falta de previsibilidade acerca da validade da norma. É a desconfiança na validade da norma, gerada por

<sup>236</sup> FROELICH, Charles Andrade. HAMMES, Elia Denise. *Manual do controle concentrado de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 254.

<sup>237</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70.

<sup>238</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 251.

<sup>239</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 331.

decisões judiciais, que justifica a declaração de que a norma é válida e, portanto, aplicável.<sup>240</sup>

O Supremo Tribunal Federal atestou a imprescindibilidade da existência de controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo a ensejar a propositura de ação declaratória de constitucionalidade, sob o risco de tornar a ação de controle abstrato mero instrumento de consulta “sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal”.<sup>241</sup>

Vista como limitadora e desnecessária por Miranda, o professor lusitano, em seu pronunciamento, destacou a ausência de eficácia da decisão de não inconstitucionalidade na generalidade dos países.<sup>242</sup> Em relação à realidade brasileira, pronunciou:

Voltado para a certeza do Direito e a economia processual, o instituto brasileiro apresenta-se bastante vulnerável: desde logo, porque, para tanto, bastaria atribuir força obrigatória geral à não declaração de inconstitucionalidade; depois, porque diminui o campo de fiscalização difusa; e, sobretudo, porque o seu sentido útil acaba por se traduzir num acréscimo de legitimidade, numa espécie de sanção judiciária a medidas legislativas provenientes dos órgãos (salvo o Procurador Geral da República) a quem se reserva a iniciativa. Não admira que seja controvertido.<sup>243</sup>

Com rito previsto na Lei nº 9.868/99, o rol de legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade está na Constituição Federal, sendo os mesmos com capacidade postulatória para a ação direta de inconstitucionalidade, por força da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

Demonstrada a controvérsia judicial relevante, a petição inicial deverá indicar o dispositivo de lei ou ato normativo questionado e apresentar o pedido com suas especificações, nos termos do artigo 14 da Lei nº 9.868/99.

Cumprido destacar a possibilidade de ser concedida medida cautelar com efeito *erga omnes*, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta nas três esferas, federal, estadual e municipal, como restou destacado na ADC nº 8, citada anteriormente.

<sup>240</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1001.

<sup>241</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade n. 8. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ em 04.04.2003, p-00038. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372907>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

<sup>242</sup> MIRANDA, Jorge. Op. cit. 2013. p. 82.

<sup>243</sup> *Idem*, *Ibidem*. p. 84.



Por fim, a decisão de procedência será de declaratória de constitucionalidade, e a improcedência estará declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo analisado.

### 3.6.4 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Inserida no ordenamento jurídico por meio de emenda coletiva, proposta por Eraldo Melo Tinoco ao texto que seria aprovado pela Assembleia Constituinte de 1988<sup>244</sup>, a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental ocupa atualmente o § 1º do artigo 102 da Constituição Federal, sendo regulamentada pela Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que dispõe sobre seu processo e julgamento.

Ao discorrer sobre o tema, Marinoni<sup>245</sup> disse “tratar-se de ação que intensifica o poder de controle de constitucionalidade do STF”, diante da função exercida no controle abstrato do direito pré-constitucional e do direito municipal, insuscetíveis de exame por meio de ADI, ADO e ADC.

Estudiosos do controle de constitucionalidade, Mirna Cianci e Gregório Assaga de Almeida fizeram a seguinte observação:

A ADPF é espécie de ação constitucional coletiva de conhecimento colocada à disposição dos legitimados ativos atolados no art. 103 da CF, a fim de que eles possam pleitear diretamente ao STF, no papel de Corte Constitucional, em caráter subsidiário ou residual em relação a outros meios eficazes de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.883/99), provimento declaratório de descumprimento de preceito fundamental.<sup>246</sup>

Reconhecida por seu caráter residual, a ADPF será proposta sempre que não houver outra ação para o controle abstrato específico.

A partir da leitura do texto da Lei nº 9.882/99, os estudiosos do tema destacam duas modalidades de ADPF no ordenamento jurídico, um modelo voltado para o controle concentrado, no artigo 1º, *caput*, descrita como arguição autônoma; de outra banda, sob a perspectiva do artigo 1º, parágrafo único, combinado com o artigo 6º, § 1º, da mesma lei, sobrevém a arguição incidental.<sup>247</sup>

<sup>244</sup> GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Uma visão crítica. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. pp. 344-345.

<sup>245</sup> MARINONI, Op. cit. p. 1269.

<sup>246</sup> ALMEIDA, Gregório Assaga de. *Direito processual do controle da constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 219.

<sup>247</sup> BARROSO. pp. 308-309.

Para propor a ADPF autônoma, a ser provocada pelos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, observar-se-á o caráter residual da ação, a ameaça ou violação a preceito fundamental e a existência de ato emanado do Poder Público.<sup>248</sup>

Tratando-se de ADPF incidental, realizada em face de um caso concreto, pressupõe a presença da subsidiariedade, da lesão a preceito fundamental, concomitante ao relevante fundamento da controvérsia constitucional e ter como objeto lei ou ato normativo.<sup>249</sup>

O alcance da ADPF incidental é perscrutado por Almeida e Cianci:

O processo em que surgiu a controvérsia que deu ensejo à arguição incidental poderá ficar suspenso por decisão do juiz da causa (art. 265, IV, *a*, do CPC) ou por determinação do STF (art. 5º, § 3º, da Lei n. 9.882/99). Todavia, a pronúncia do STF se restringirá à arguição incidental (ADPF) em que se alega existência de descumprimento de preceito constitucional fundamental. Proferida a decisão, o STF deverá comunicar o juiz da causa onde surgiu a controvérsia para que ele observe, no caso concreto sob sua responsabilidade, a interpretação dada à matéria, em sede de controle abstrato.<sup>250</sup>

Discussão estabelecida na doutrina e na jurisprudência diz respeito ao significado de preceito fundamental, parâmetro do controle realizado pela ADPF. Walber de Moura Agra estende o conceito para além dos direitos fundamentais contidos nos artigos 5º a 17 da Constituição Federal, porquanto defende ter abrangência sobre outros direitos, “esteja contido na Ordem Econômica, ou na Organização dos Poderes, deve ser definido como preceito fundamental e resguardado por intermédio de arguição de descumprimento de preceito fundamental”.<sup>251</sup>

Apontado como um conceito jurídico indeterminado, diante do absentismo do legislador quanto às normas reputadas de preceito fundamental, Daniel Sarmiento destaca:

Ao valer-se de um conceito jurídico indeterminado, a lei conferiu uma maleabilidade maior à jurisprudência, que poderá acomodar com mais facilidade mudanças no mundo dos fatos, bem como a interpretação evolutiva da Constituição. Caberá, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, definir tal conceito, sempre baseando-se na consideração do dado axiológico subjacente ao ordenamento constitucional.<sup>252</sup>

Silva Neto assinala o caráter político próprio da interpretação constitucional, frente à mudança de valores característica dos indivíduos que compõem a sociedade, norteando “a

<sup>248</sup> BARROSO. Op. cit. p. 309.

<sup>249</sup> *Idem*, *Ibidem*. p. 309-310.

<sup>250</sup> ALMEIDA E CIANCI. Op. cit. p. 226.

<sup>251</sup> AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 8 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 702.

<sup>252</sup> SARMENTO, Daniel. *Aspectos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (coords.). São Paulo: Atlas, 2001. p. 91.

sensibilidade do interprete da norma constitucional” de modo a conduzi-lo “à atualização do significado de ‘preceito fundamental’”.<sup>253</sup>

Cumprе salientar a abrangência do termo preceito fundamental para alcançar aqueles previstos no texto constitucional e os princípios ali contidos, excluindo do alcance da ADPF as normas infraconstitucionais. Ao discorrer sobre o assunto, Agra fez a seguinte ressalva:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser utilizada tanto para suprimir uma omissão que impeça a realização dos preceitos fundamentais quanto para obrigar os poderes pertinentes a efetivarem os mandamentos constitucionais, como ocorre, por exempli, com as normas programáticas; ou ainda para suprimir um impedimento legislativo que impedia a sua realização.<sup>254</sup>

A abrangência do objeto da ADPF contempla ato normativo, lei federal, estadual ou municipal, anteriores ou posteriores à Constituição, ressalvada a arguição autônoma a ser proposta contra ato do Poder Público, administrativo e jurisdicional, inclusive anteriores à Constituição.<sup>255</sup>

Observem-se os efeitos decorrentes da decisão proferida na arguição, segundo Tavares, “i) via de regra, *ex tunc* (dimensão temporal); ii) eficácia *erga omnes* (dimensão subjetiva); e iii) efeito vinculante em relação ao Judiciário e à Administração Pública (dimensão institucional)”.<sup>256</sup>

Por fim, cumpre observar a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF, sempre que razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, assim como ocorre nas demais ações de controle de constitucionalidade, mediante o permissivo legal, contido no artigo 11 da Lei nº 9.882/99.

### 3.6.5 Representação Interventiva

Também denominada de ação direta de inconstitucionalidade interventiva, esta modalidade de controle incidental concentrado apareceu no ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez, na Constituição de 1934. Foi suprimida na Constituição de 1937 e ressurgiu com a Constituição de 1946. Atualmente está prevista no artigo 34 da Constituição Federal.<sup>257</sup>

<sup>253</sup> ALMEIDA E CIANCI. Op. cit. p. 254.

<sup>254</sup> AGRA. Op. cit. p. 703.

<sup>255</sup> MARINONI, Op. cit. p. 1277.

<sup>256</sup> TAVARES. Op. cit. p. 330.

<sup>257</sup> ALMEIDA, Vania Hack de. *Controle de constitucionalidade*. 3 ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 279.

O objetivo principal da representação interventiva é “proteger o pacto federativo e a base constitucional em que se assenta o Estado Democrático de Direito”.<sup>258</sup> Para Barroso, o objeto se restringe ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da “violação de algum princípio constitucional sensível por parte de Estado Membro da Federação.”<sup>259</sup>

Analisando o tema, Agra aponta a Constituição Federal como o alicerce do ordenamento jurídico e os entes federados são obrigados a obedecer aos postulados ali presentes. Segundo o doutrinador, a razão “desse instituto jurídico é a proteção da federação, permitindo que os ordenamentos parciais convivam com o ordenamento nacional, solidificado na Carta Magna”.<sup>260</sup>

Por ser instrumento de limitação da autonomia do Estado-membro, utilizada para a “preservação da soberania nacional, do pacto federativo e dos princípios constitucionais do qual se erige o Estado Democrático de Direito”<sup>261</sup>, a decretação da intervenção envolve várias instituições da República. O Procurador-Geral da República é o autor da ação, como defensor da ordem jurídica; o Supremo Tribunal Federal realiza o juízo acerca dos pressupostos para a medida e o Presidente da República emite o decreto de intervenção e estabelece seus limites.

Ao verificar as balizas de atuação do Poder Judiciário e do Presidente da República, o doutrinador Marinoni explanou:

O Tribunal faz juízo quanto ao pressuposto autorizador de intervenção federal e, quando o reconhece presente, declara-o, vinculando o Chefe do Poder Executivo, que, mediante decreto, realiza a intervenção. A procedência do pedido de intervenção não constitui a intervenção propriamente dita, mas declara a sua necessidade. Representa, em essência, de um lado, pressuposto para a intervenção a ser decretada pelo Chefe do Poder Executivo, e, de outro, espécie de mandamento para que o Presidente a decrete.<sup>262</sup>

A utilização da ação interventiva exige a recusa à execução de lei federal ou violação dos princípios constitucionais sensíveis, enumerados taxativamente no artigo 34 da Constituição Federal, e utilizados como parâmetro para a declaração da intervenção. São eles:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:  
I - manter a integridade nacional;  
II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;  
III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;  
IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;  
V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

<sup>258</sup> MARINONI. Op. cit. p. 1300.

<sup>259</sup> BARROSO. Op. cit. p. 354.

<sup>260</sup> AGRA. Op. cit. p. 399.

<sup>261</sup> BARROSO. Op. cit. p. 348.

<sup>262</sup> MARINONI. Op. cit. p. 1300.

- a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
- b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
- VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
- VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
  - a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
  - b) direitos da pessoa humana;
  - c) autonomia municipal;
  - d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
  - e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

O procedimento está previsto na Lei nº 12.562, de 23 de dezembro de 2011, que regulamenta o inciso III do artigo 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>263</sup>

Por fim, a decisão de procedência declara a existência dos pressupostos para a intervenção junto ao Estado-membro. Do contrário, o Supremo Tribunal Federal declara a improcedência da representação interventiva, por não verificar a recusa à execução de lei federal ou violação dos princípios constitucionais sensíveis.

---

<sup>263</sup> BRASIL. *Lei n. 12.562, de 23 de dezembro de 2011*. Regulamenta o inciso III do artigo 36 da Constituição Federal, para dispor sobre o processo e julgamento da representação interventiva perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12562.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12562.htm)>. Acesso em 17 jun. 2015.

#### **4 A MODULAÇÃO TEMPORAL NAS DECLARAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE PRATICADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO: ESTUDOS DE CASOS**

Nos subtópicos seguintes, abordar-se-á os modelos de controle de constitucionalidade adotados pela maioria dos Estados constitucionais, com enfoque no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no concerne às possibilidades de modulação temporal dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, trazidas pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/1999.

Em continuidade, são examinados os pressupostos de aplicação do art. 27 para a realização da modulação temporal, consubstanciados nos conceitos jurídicos indeterminados da segurança jurídica e do excepcional interesse social, requisitos para a aplicação das técnicas da mitigação, bem como abordadas questões relevantes diretamente ligadas à utilização dos referidos conceitos.

Serão apresentadas, finalmente, algumas decisões em que o Supremo Tribunal Federal se valeu da técnica da modulação de efeitos, a fim de possibilitar a interlocução prática dos conceitos estudados, por meio de análise crítica da atuação da Corte Suprema.

##### **4.1 A MODULAÇÃO TEMPORAL E OS CONCEITOS INDETERMINADOS: SEGURANÇA JURÍDICA E EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL**

Conforme suficientemente discorrido no capítulo anterior, o Brasil adotou o modelo de controle de constitucionalidade que retira a vigência e eficácia da norma declarada inconstitucional desde a sua origem, malgrado permita a utilização de técnicas de nulidade total, parcial e sem redução de texto.

Convém esclarecer, contudo, que este não é o único modelo de controle de constitucionalidade existente. Com efeito, de acordo com a teoria adotada, a lei ou o ato normativo inconstitucional será declarado nulo, não produzindo qualquer efeito válido, ou será anulável, circunstância em que se confere validade a certos efeitos práticos decorrentes da norma inconstitucional.

Historicamente, a concepção que adota a teoria da nulidade tem sua origem no constitucionalismo americano.<sup>264</sup> Para esta teoria, o ato normativo declarado inconstitucional tem sua validade abalada desde a origem, sendo ato que já nasceu viciado e, portanto, insuscetível de gerar qualquer efeito. Nessa hipótese, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade tem caráter meramente declaratório, gerando efeitos *ex tunc* (efeitos retroativos).<sup>265</sup>

Um outro modelo, concebido por Kelsen e aplicado pela Corte Constitucional austríaca a partir de 1920, considera que a norma inconstitucional se reveste de vício que a torna anulável. Neste caso, respectiva norma produz efeitos jurídicos até que seja declarada inconstitucional. Portanto, a decisão da inconstitucionalidade teria natureza constitutiva, com efeitos *ex nunc*, atingindo a norma impugnada em seu plano de eficácia.<sup>266</sup>

No direito brasileiro, assim como no direito português, no que concerne ao controle de constitucionalidade, prevalece o princípio da nulidade da lei inconstitucional, com a consequente desconstituição de todos os efeitos produzidos sob sua vigência.<sup>267</sup>

A teoria da nulidade foi consagrada no sistema constitucional brasileiro desde a primeira Constituição Republicana (1891)<sup>268</sup>, que adotou como controle de constitucionalidade o sistema difuso, de origem norte-americana. Inicialmente, era aplicada somente no âmbito do controle de constitucionalidade *in concreto*, porém, com a incorporação do modelo austríaco/europeu de controle de constitucionalidade, por meio da

<sup>264</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p.173.

<sup>265</sup> Em que pese a adoção da teoria da nulidade, o sistema americano passou a flexibilizar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em particular após a decisão da Suprema Corte *Linkletter vs. Walker*, de 1965. *Apud* DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 197.

<sup>266</sup> Inicialmente o direito austríaco só conhecia a anulação da lei inconstitucional, sem possibilidade de retroatividade da decisão. Esse posicionamento tradicional foi relativizado pela reforma constitucional de 1975, que permitiu à Corte atribuir efeitos retroativos à decisão mediante previsão explícita. *Apud* DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Op. cit.* p. 197.

<sup>267</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. pp. 114-21 e 285-92; MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. pp. 673-674 e 688-696. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 605-606.

<sup>268</sup> No Brasil, o princípio da nulidade da lei inconstitucional foi trazido por Rui Barbosa, na mesma época da promulgação da Constituição Republicana de 1891, a qual foi marcada pela influência dos sistemas federalista e republicano dos Estados Unidos da América. Para ele, “‘Todo ato do Congresso’ (diz Kent, o grande comentador) ‘todo ato das assembléias dos Estados, toda cláusula das Constituições destes, que contrariarem a Constituição dos Estados Unidos, são necessariamente nulos. É uma verdade óbvia e definitiva em nossa jurisprudência constitucional’. Essa consequência resulta evidentemente da própria essência do sistema. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale em nulidade. *Nullus est major defectus quam defectus potestatis*”. *Apud* VICTORINO, Fábio Rodrigo. *História e evolução do controle de constitucionalidade brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em 17 mar. 2015.

Emenda Constitucional nº 16/1965, foi estendida às hipóteses de atuação do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado<sup>269</sup>, consagrando os atributos da nulidade *ab initio* da lei.

Registre-se que na Constituição Federal de 1988 não há qualquer menção expressa à teoria da nulidade. Diferentemente da Constituição portuguesa, a Lei fundamental nunca determinou o universo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei, deixando para o campo da jurisprudência a fixação da sua extensão no tempo.<sup>270</sup> O que se depreende, pois, é que a Corte Suprema acolheu tal entendimento, acreditando tratar-se da posição mais condizente com os preceitos da Constituição Federal.<sup>271</sup>

Mendes, sobre o tema, ensina que:

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual “*the unconstitutional statute is not law at all*”, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre inconstitucional e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.<sup>272</sup>

Luciano Elias Reis complementa referido entendimento:

O surgimento da teoria da nulidade advém do caso Marbury VS Madison, no qual o Juiz Marshall desenvolveu um raciocínio jurídico sobre a supremacia da lei constitucional sobre a lei ordinária em que se infere a conclusão de que todo o ato normativo do Congresso contrário à Constituição deve ser reputado nulo, inválido, írrito e ineficaz.<sup>273</sup>

A despeito do assunto, convém esclarecer que a maioria dos doutrinadores brasileiros, dentre eles Alfredo Buzaid, Daniel Sarmento e Clèmerson Merlin Clève<sup>274</sup>, considera que a decisão sobre a inconstitucionalidade é declaratória, ou seja, reconhece-se que o dispositivo

<sup>269</sup> NOVELINO, Marcelo. Op. cit. p. 229.

<sup>270</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 326.

<sup>271</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Rp: 980/SP, Relator: Moreira Alves. Data de Julgamento: 21/11/1979, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 19/09/1980. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697775/representacao-rp-980-sp>>. Acesso em 10 abr. 2015.

<sup>272</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 607.

<sup>273</sup> REIS, Luciano Elias. A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 10, n. 42, out/dez/2010. Belo Horizonte: Forum, p. 179.

<sup>274</sup> BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, pp. 128-31. SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*. In: O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99. org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 113. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Parecer. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, n. 19, abr./jun. 1997, p. 290.



sofre do vício da nulidade. Sendo a norma considerada nula, o tribunal deve declarar a nulidade de todos os efeitos dela resultantes, uma vez que não tinha a força jurídica necessária para gerá-los.<sup>275</sup>

Assinale-se, entretanto, que, mesmo estando de acordo com o entendimento da nulidade absoluta da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional, Clève reconhece que esta opção, em determinadas situações, não traz respostas satisfatórias ao ordenamento jurídico:

É evidente que o fato de a sentença judicial implicar a nulidade *ab initio* da normativa impugnada favorece a emergência de não poucos problemas. Inexistindo prazo para a pronúncia da nulidade – já que a arguição de inconstitucionalidade é imprescritível no Brasil –, considere-se o caso de uma lei cuja ilegitimidade foi reconhecida após o decurso de longo lapso temporal, tendo inclusive prestigiado a consolidação de um sem-número de situações jurídicas. É indubitável que nesses casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena de dar lugar à injustiça e à violação do princípio da segurança jurídica.<sup>276</sup>

De outro lado, há quem defenda posicionamento diverso, no sentido de que a norma declarada inconstitucional se sujeita à anulabilidade. Regina Maria Macedo Nery Ferrari, corroborando o entendimento de Pontes de Miranda, assevera que:

Segundo nosso posicionamento, referente à anulabilidade da norma, admitimos que a norma inconstitucional é simplesmente anulável, já que existiu validamente até o momento da decisão que a considera como inconstitucional, pois que toda lei nasce com a presunção de validade no mundo jurídico e que, assim, gera direitos no plano do ser físico. Neste, não há ato humano nulo ou anulável que, uma vez praticado, jamais deixará de o ter sido, pois, fora do mundo jurídico, não há reversibilidade do tempo.<sup>277</sup>

A verdade é que a fundamentação dogmática da chamada nulidade de pleno direito ou *ipso jure* jamais se afigurou clara entre nós.<sup>278</sup> Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, a propósito, sustenta que os tratadistas brasileiros não indicam a razão jurídica determinante para a adoção da teoria da nulidade, limitando-se a repetir a doutrina dos escritores americanos e a afirmação dos tribunais, sem, contudo, buscar o motivo, a causa ou o fundamento para sua recepção no sistema jurídico brasileiro.<sup>279</sup>

Tal circunstância, aliada a fatores relacionados especialmente à segurança jurídica, fez com que a Corte Constitucional se inclinasse no sentido de adotar a teoria kelseniana da

<sup>275</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit.

<sup>276</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit. p. 290.

<sup>277</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit.

<sup>278</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 359.

<sup>279</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense: 1968, pp. 140-141.

anulabilidade. Na oportunidade, debateu-se até que ponto a retroatividade da decisão poderia atingir determinado ato, até então tido por constitucional, prejudicando o agente que o teve por legítimo e que por ele pautou sua atuação.<sup>280</sup>

Apesar das reflexões sobre o assunto, continua a prevalecer o sistema da nulidade no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se constata do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal:

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito.<sup>281</sup>

Sob tal perspectiva, a sanção de nulidade se caracteriza como a maneira mais rigorosa de proteger a integridade da Constituição, tendo em vista que impede que o ato contrário à norma constitucional produza efeito desde a sua origem.

O entendimento, analisado de maneira superficial, porque não dizer precipitada, pode seduzir e parecer dotado de logicidade e racionalidade, afinal, se a lei é considerada inconstitucional, ela o é desde sua origem. Contudo, apreciado sob o viés da realidade social e dos efeitos nela produzidos, careceu de maturação e se mostrou insuficiente, notadamente pela complexidade e pluralidade de que se revestem as relações sociais. Com efeito, não raras vezes a Corte Constitucional se deparou com casos em que a desconsideração das relações jurídicas formadas sob a vigência do ato considerado inconstitucional geraria efeitos nocivos e gravosos à segurança e à boa-fé das pessoas atingidas pelo ato declarado inconstitucional.<sup>282</sup>

Carlos Alberto Navarro Perez esclarece que, a partir de meados do século XX, posições divergentes começaram a demover o dogma da imperativa necessidade de retroação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.<sup>283</sup> Cappelletti e Bittencourt,

<sup>280</sup> Cf. RTJ n. 82, pp. 795-6. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 363.

<sup>281</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 346.084, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 9/11/2005. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re-346084.pdf>>. Acesso em 12 de mai. 2015. Cf. voto de Ministro Carlos Velloso.

<sup>282</sup> A respeito deste tema, Celso Ribeiro Bastos argumenta que não há liame lógico entre inconstitucionalidade e nulidade. Complementa que “O Direito não é somente lógico-formal, ele deve encarar a realidade. A declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos pode ensejar um mal maior do que o bem que se pretende atingir”. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 4. t. III. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 85.

<sup>283</sup> PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *A modulação temporal de efeitos dos provimentos jurisdicionais de controle de constitucionalidade*: conteúdo essencial e aplicabilidade. 2013. 416 p. (Mestrado em Direito de Estado).

por exemplo, passaram a defender a necessidade da preservação eventual dos atos da execução da lei ou do ato normativo inconstitucional ou, até mesmo, a alteração estrutural do sistema para adoção da sanção de anulabilidade.<sup>284</sup>

Esse é, também, o entendimento de Daniel Sarmento:

A eliminação retroativa de normas vigentes no ordenamento pode gerar situações de verdadeiro ‘caos’ jurídico, ocasionando tremenda insegurança para aqueles que pautaram seus atos pela lei inconstitucional. Tal problema se agrava, tendo em vista a imprescritibilidade do vício de ilegitimidade constitucional. Nada obsta que a inconstitucionalidade de uma norma jurídica só seja reconhecida muitos anos depois da sua edição. Nestes casos, a supressão retroativa da lei contrária pode acarretar tremendas injustiças, constituindo o abrandamento dos efeitos solução mais razoável e consentânea com o conjunto de interesses e valores tutelados pela Constituição.<sup>285</sup>

A despeito do assunto, Castro esclarece que:

Em diversas oportunidades pretendeu-se, sem êxito, inserir ou emendar a Constituição Federal e, assim, outorgar ao Supremo Tribunal Federal a competência para, de modo discricionário, estabelecer outros efeitos – não só o retroativo – ao provimento declaratório de inconstitucionalidade. Afirma que o que não foi admitido via Emenda à Constituição Federal de 1946, ou por meio de propostas modificativas do sistema no Congresso Constituinte de 1985 a 1988, bem como no Congresso Revisor de 1994, fez-se pelas mãos do legislador ordinário.<sup>286</sup>

Diante desse contexto, especialmente para garantir segurança, estabilidade e confiança à ordem jurídica nacional, surgiu a Lei nº 9.868/1999,<sup>287</sup> com previsão semelhante à que consta na Constituição portuguesa (art. 282.4) e na Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã (§ 31), que faculta ao Supremo Tribunal Federal, mediante *quorum* qualificado e presentes determinados requisitos, dar temperamento aos efeitos temporais da decisão, admitindo-se, por exceção, que a declaração de inconstitucionalidade não retroaja ao início de vigência da lei.<sup>288</sup>

Dispõe o artigo 27 da referida lei que:

---

Universidade de São Paulo. Disponível em: <[www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-02092014-170236](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-02092014-170236)>. Acesso em 11 de mar. 2015.

<sup>284</sup> BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, pp. 140-141; CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Fabris, reimpressão 1999, pp. 115-124.

<sup>285</sup> SARMENTO, Daniel. Eficácia temporal do controle de constitucionalidade: o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses das leis. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, abr./jun. 1998, pp. 27-40.

<sup>286</sup> CASTRO, João Bosco Marcial de. Op. cit. p. 190.

<sup>287</sup> BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 1, 11 nov. 1999. Seção 1.

<sup>288</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2014, p. 375.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nessa perspectiva, é possível que se atribua à decisão de inconstitucionalidade (i) efeitos retroativos limitados, preservando-se determinados efeitos da lei inconstitucional; (ii) efeitos a partir do seu trânsito em julgado; ou mesmo (iii) efeitos a partir de determinado evento ou data no futuro.<sup>289</sup>

Ao tratar da modulação de efeitos, Mendes preleciona que:

A disposição contida no art. 27 da Lei nº 9.868/99 introduziu expressamente uma nova modalidade de decisão no direito brasileiro, à semelhança do modelo consagrado de decisão no direito português, que, no art. 282 (4), da Constituição, estabelece fórmula que autoriza o Tribunal Constitucional a limitar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade com fundamento no princípio da segurança jurídica e no interesse público de excepcional relevo. A fórmula consagrada no art. 27 da Lei nº 9.868/99 não constitui modelo isolado. Ao revés, trata-se de sistema que, positiva ou jurisprudencialmente, vem sendo adotado pelos vários sistemas de controle de constitucionalidade. Além das especificidades do modelo alemão, já largamente referidas, anote-se que também os sistemas austríaco, italiano, espanhol e o próprio direito comunitário têm adotado modalidades assemelhadas quanto à restrição de efeitos da declaração de nulidade.<sup>290</sup>

Assim, constata-se que a busca por técnicas inovadoras de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral se encontra fortemente presente no direito comparado. No Brasil não foi diferente, pois a flexibilização do dogma da nulidade da lei inconstitucional, trazida pela Lei nº 9.868/1999, era reclamada por parte considerável da doutrina e foi recepcionada de forma positiva por juristas que nela viram a possibilidade de ponderar os interesses em disputa, de modo a sobrelevar os princípios da segurança jurídica, do interesse social e da boa-fé.

Registre-se, contudo, que não é ponto pacífico na doutrina a possibilidade de o Tribunal Constitucional atribuir eficácia futura à lei declarada inconstitucional. Jorge Miranda, sobre o tema, entende que, “d) Não pode o tribunal constitucional diferir para o futuro a produção de efeitos porque tal brigaria com o princípio da constitucionalidade”. Complementa, ainda, que: “e) Não pode haver limitação de efeitos de inconstitucionalidade quanto a actos normativos juridicamente inexistentes”.<sup>291</sup>

<sup>289</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1001.

<sup>290</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 1385.

<sup>291</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 290.

De outro lado, há quem questione a legitimidade da fonte do poder que o legislador ordinário se investiu a fim de permitir a ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal e possibilitar a aplicação da técnica de limitação dos efeitos do provimento jurisdicional, mormente pela inexistência de previsão constitucional neste particular.<sup>292</sup> Castro ressalta que nos Estados nos quais é dado à Corte Constitucional proceder à limitação dos efeitos da decisão proferida em controle de constitucionalidade, a competência é outorgada pela Constituição ou o referido Diploma autoriza o legislador a discipliná-la. Entretanto, assevera que nenhuma das hipóteses citadas está prevista no sistema brasileiro.<sup>293</sup>

Com efeito, Kelsen, ao tratar da hierarquia das normas, posiciona-se no sentido de que:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.<sup>294</sup>

Outra crítica ventilada ao artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 repousa no fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao modular os efeitos da decisão, estaria a realizar verdadeira atividade legislativa.

Acerca do tema, Carlos Wagner Dias Ferreira esclarece que:

Isso se deve à crença de que conferir efeitos prospectivos à decisão de inconstitucionalidade significa dar validade à lei considerada inválida e, portanto, incapaz de produzir efeitos válidos. Estaria o juiz a declarar como válida determinada lei, durante dado intervalo de tempo, e, assim, lançando-a no mundo jurídico como texto normativo de hierarquia constitucional, o que se revelaria como típica função de legislador – ou mesmo constituinte – positivo. De acordo com esse entendimento, somente o legislador gozaria da capacidade de inovar o cenário jurídico, dando validade a uma determinada lei, nunca o juiz ou o tribunal.<sup>295</sup>

Assim, a despeito dos argumentos pela inconstitucionalidade do artigo 27, o fato é que a modulação tem sido aplicada pela Corte Constitucional com supedâneo nos preceitos fundamentais que regulam a supremacia da Constituição, mais especificamente, no da segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF).<sup>296</sup>

<sup>292</sup> CASTRO, João Bosco Marcial de. Op. cit. pp. 188-190.

<sup>293</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 191.

<sup>294</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135.

<sup>295</sup> FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. *Revista Esmafe*: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 12, mar. 2007, pp. 155-178.

<sup>296</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus nº 82959/SP, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 (PP-00018 EMENT VOL-02245-

Rui Medeiros, por exemplo, defende a possibilidade da atribuição de efeitos futuros e temporários à lei inconstitucional, após a publicação da decisão, ao argumento de que o princípio da supremacia da Constituição não é violado, pois a limitação de efeitos futuros é concedida tendo por base a própria ordem constitucional.<sup>297</sup>

Na mesma linha de intelecção, Mendes e Ives Gandra da Silva Martins esclarecem que:

Não tem razão, portanto, aqueles que, como Oswaldo Luiz Palu, sustentam que o art. 27 seria inconstitucional caso se pretendesse extrair daí uma permissão para a lei declarada inconstitucional continuasse a ser aplicada a casos futuros. É que, como demonstrado, a decisão do Supremo Tribunal não decorre da disposição legislativa contida no art. 27, mas da própria aplicação sistemática do texto constitucional.<sup>298</sup>

De fato, a análise sistemática do ordenamento jurídico parece contemplar a tese da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, porquanto dele é extraído o princípio da unidade da Constituição<sup>299</sup> e da concordância prática entre os diferentes interesses protegidos constitucionalmente. Tal circunstância permite que, em determinadas situações excepcionais, seja possível preservar efeitos ou concedê-los temporariamente a um ato inconstitucional como forma de proteger princípios constitucionais tão importantes quanto o da nulidade da lei inconstitucional, a saber, o da segurança jurídica.<sup>300</sup>

Sob tal perspectiva, tanto o princípio da nulidade quanto os princípios da segurança jurídica e do interesse social decorrem do próprio Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal de 1998

Em que pesem os questionamentos em torno da legitimidade do legislador ordinário para ampliar a competência da Corte Suprema quando da análise dos efeitos conferidos às declarações de inconstitucionalidade, não se pode deixar de anotar que, independentemente da redação trazida pelo referido dispositivo, a possibilidade de modulação das referidas ações decorre do próprio ordenamento jurídico, analisado de maneira sistêmica e sustentado no Estado Democrático de Direito.

---

03 PP-00510). Disponível: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/hc-82959.pdf>>. Acesso em 12 de mai. 2015. Cf. voto do Ministro Carlos Britto, p. 203.

<sup>297</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, pp. 673-4 e 724-32.

<sup>298</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 558.

<sup>299</sup> O princípio da unidade da Constituição tem como ponto de partida a existência de uma relação de interdependência entre todos os elementos que formam a estrutura da Constituição. As normas constitucionais não podem ser analisadas de forma apartada, mas sim como preceitos que compõem uma sistemática única de regras e princípios. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 196.

<sup>300</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, pp. 711-13.

Feitas essas breves considerações acerca dos questionamentos lançados sobre o artigo 27, sem deixar de reconhecer que se trata de uma realidade inexorável, seguir-se-á à análise dos requisitos que lhes conferem sustentação.

#### 4.1.1 Aspecto Objetivo

O primeiro requisito à mitigação da teoria da nulidade e consequente modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo é de natureza formal e consiste na exigência de aprovação por dois terços dos ministros que compõem a Corte Constitucional.

A exigência de um *quorum* especial, pois, garante o caráter excepcional da modulação do efeito temporal no controle de constitucionalidade, a qual deverá ser aplicada aos casos em que realmente houver a necessidade de se preservar e garantir a segurança jurídica ou o interesse social.

Referido requisito, como se vê, é de cunho objetivo e, por isso mesmo, não guarda maiores dificuldades para sua compreensão.

#### 4.1.2 Aspectos Subjetivos

O segundo, por sua vez, de caráter material, apresenta viés subjetivo, pois tanto o princípio da segurança jurídica quanto o excepcional interesse social são considerados conceitos jurídicos indeterminados, também denominados de conceitos vagos, imprecisos, elásticos, fluidos e práticos<sup>301</sup>, com alto grau de abstração, que vão depender de interpretação para sua aplicação no caso concreto.

##### 4.1.2.1 Segurança Jurídica

Em sentido amplo, pode-se afirmar que a segurança jurídica se refere à necessidade de certeza e estabilidade nas relações sociais. Decorre, pois, da própria noção de Estado de Direito, em que a lei é posta para todos, e está ligada à proteção da confiança ou da boa-fé.

Roque Antonio Carrazza assevera que:

---

<sup>301</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 951.

A idéia de segurança jurídica está ligada à concepção de Estado de Direito, isto é, com a noção de que em um determinado estado, a lei nasce por todos e para todos e submete a todos, inclusive aos governantes, ao Poder Público, ou seja, a legitimidade do exercício do poder repousa na legalidade, na sua juridicidade, porém, não basta para que a segurança jurídica esteja protegida a simples submissão à lei, é necessário que as leis decorram da vontade livre do povo representada no Legislativo e que o Judiciário seja composto por juízes independentes, “que não temam contrariar, com suas decisões, o interesse do estado”.<sup>302</sup>

Bandeira de Mello entende que o princípio da segurança jurídica não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.<sup>303</sup>

O autor complementa:

A ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.<sup>304</sup>

Referido princípio, pois, é compreendido como conceito ou princípio jurídico que possui duas dimensões, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. No plano objetivo, a segurança jurídica recai sobre a ordem jurídica objetivamente considerada, aí importando a irretroatividade e a previsibilidade dos atos estatais, assim como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988).<sup>305</sup> Em uma perspectiva subjetiva, a segurança jurídica é vista a partir do ângulo dos cidadãos em face dos atos do Poder Público.<sup>306</sup> Nesta última dimensão aparece o princípio da

<sup>302</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 340.

<sup>303</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 112-113.

<sup>304</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>305</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, 27. ed. São Paulo: Saraiva: 2001. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

<sup>306</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada*. A questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 65-66.



proteção da confiança, como garante da confiança que os atos estatais devem proporcionar aos cidadãos, titulares que são de expectativas legítimas.<sup>307</sup>

Àvila, ao tratar do princípio da confiança, assevera que:

A proteção da confiança é aspecto fundamental a ser considerado, quando está em questão saber se se deve ou não proceder à manutenção dos efeitos de atos inválidos, tendo em vista razões de segurança jurídica, nos termos do art. 27 da Lei nº. 9.868/1999. É que, muitas vezes, a norma, mesmo sendo inconstitucional, gera a presunção de que seu comando será cumprido e de que seus efeitos serão regularmente produzidos, sendo tudo isso reforçado pelo princípio da constitucionalidade dos atos normativos.<sup>308</sup>

A autora complementa:

Pela segurança jurídica, busca-se assegurar ao cidadão a certeza de sua situação jurídica, o que se faz de duas formas: (a) segurança jurídica *ex ante*, relativa aos mecanismos que tornam possível o conhecimento e interpretação do direito (legalidade, certeza do direito: publicidade, clareza etc.); (b) segurança jurídica *ex post*, concernente aos mecanismos de garantia da estabilidade dos mecanismos anteriores, com o reconhecimento de uma pauta de comportamento do cidadão diante do caso concreto.<sup>309</sup>

Judith Martins-Costa esclarece que a proteção jurídica da confiança foi inicialmente apontada pela sociologia como fator de redução da complexidade social e, por isso, determinante para a orientação de condutas, cabendo ao sistema normativo a garantia das expectativas geradas nas interações sociais.<sup>310</sup>

Em continuidade, a referida autora sustenta que o princípio da confiança liga-se, fundamentalmente, com a proteção das expectativas; e, ainda, como justificativa ou explicação para a vinculabilidade dos negócios jurídicos, advertindo que essa confiança é uma confiança adjetivada, a confiança legítima, também chamada expectativa legítima.<sup>311</sup>

Com efeito, o cidadão, ao estabelecer relações jurídicas sob a égide de uma determinada lei ou de um ato normativo, acredita que estas se encontram protegidas pelo

<sup>307</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto Bergmann (Org.). *Fundamentos do estado de direito*: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 120-148.

<sup>308</sup> ÁVILA, Ana Paula. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade*: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 151.

<sup>309</sup> ÁVILA, Ana Paula. Op. cit. p. 148.

<sup>310</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva: termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE: critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida: princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”: adimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006, pp. 96-97.

<sup>311</sup> *Idem, ibidem*, pp. 96-97.

manto da legalidade. Esta confiança, que decorre do princípio da segurança jurídica, é imprescindível para que possa conduzir sua vida dentro do ordenamento jurídico, de modo que o Estado não pode desconstituir, de forma precipitada, situações jurídicas que se consolidaram amparadas por regras antes consideradas legais.

#### 4.1.2.2 *Excepcional Interesse Social*

Se por um lado a segurança jurídica é um dos direitos conquistados com o advento do Estado liberal, pode-se afirmar, em linhas gerais, que o enfoque no interesse social é uma conquista tanto do Estado Social de Direito como do Estado Democrático de Direito.

No que pertine ao interesse social, a doutrina trata, de modo geral, de dissociar o conceito da ideia de interesse do Estado. Em outras palavras, procura estabelecer que interesse social não é interesse da Administração ou do Estado, mas da sociedade, dos administrados.<sup>312</sup>

Acerca do tema expõe Ferrari:

É importante salientar, quando se enfoca o interesse social, interesse público dito primário, que este não pode ser confundido com qualquer interesse do Estado, interesse secundário que existe no grupo social, porque embora a pessoa estatal possa encarnar o interesse público, como interesse no todo, pode, também, possuir interesses que não possuem a feição dos interesses públicos. Portanto, não podem embasar a noção de excepcional interesse público, os interesses que beneficiem apenas à pessoa Estado, principalmente quando estes vieram a descuidar os interesses da coletividade.<sup>313</sup>

A despeito do assunto, assinala-se que o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 deixa claro que não é qualquer interesse social que dará ensejo à modulação. Este deverá ser extraordinário, fora do comum. Nos dizeres de Mariana Barbosa Baeta Neves, “sem a locução ‘excepcional’ o Estado estaria legitimado a requerer a modulação de efeitos em praticamente todos os processos em que fosse parte. O Estado moderno existe, primordialmente, para garantir os interesses sociais, sejam estes da maioria ou minoria”.<sup>314</sup>

Com efeito, por ser expressão que guarda alto grau de abstração, a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com base no excepcional interesse social demandará do aplicador do direito uma fundamentação especial, com argumentos sólidos, como forma de prevenir a má aplicação do dispositivo, devendo ser um conceito jurídico

<sup>312</sup> SANCHES, Liliane. A modulação dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade em matéria tributária. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*, número 20 - jul./dez. 2012 - ISSN: 1678-9547 (versão impressa) - 1983-2303 (versão eletrônica), p. 137.

<sup>313</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 313.

<sup>314</sup> NEVES, Mariana Barbosa Baeta. *A modulação dos efeitos e sua aplicação em matéria tributária*. Disponível em: [//www.lex.com.br/doutrina](http://www.lex.com.br/doutrina). Acesso em 17 mar. 2015.

indeterminado que resguarde interesses constitucionalmente protegidos, não abrangidos pelas noções de segurança jurídica ou equidade.<sup>315</sup>

É de se registrar, por oportuno, que a opção do legislador pelos conceitos jurídicos indeterminados guarda relação com o mundo dos fatos. Em outras palavras, diante da impossibilidade de o Direito prever e regulamentar todas as relações jurídicas passíveis de ocorrer no mundo fático, por vezes, precisa se utilizar dos subsídios da generalidade e da abstração para tentar descrever ou prescrever regras e comportamentos realmente eficazes e adequados à realidade posta.

Àvila, tratando do tema, ressalta que:

A idéia de conceito jurídico indeterminado adquiriu relevância em face da percepção de que: (a) o sistema jurídico não é um sistema fechado, não propondo, dessa forma, soluções apriorísticas para todo e qualquer problema que reclame uma solução jurídica; e (b) são necessários mecanismos normativos que permitam a adaptação da norma às circunstâncias especiais dos casos concretos que, devido à sua particularidade, não contam com previsão específica nas normas gerais.<sup>316</sup>

Ressalte-se, contudo, que o emprego de conceitos imprecisos não significa outorga para a aplicação da discricionariedade. Estando permitida a maior participação do aplicador na construção do sentido da norma, diante de conceitos jurídicos indeterminados deve o intérprete operar com muita cautela. Àvila adverte, por exemplo, que os tipos normativos abertos exigem preenchimentos valorativos, que, se não operados com bastante rigor técnico, podem dar margem ao subjetivismo e à arbitrariedade.

Assim, a autora ressalta que:

A necessidade de preenchimento valorativo acarreta um ônus de fundamentação expressa e exauriente dos elementos que guiaram o intérprete na estruturação do sentido atribuído à norma para aquela decisão, necessariamente justificável à luz das normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios jurídicos gerais.<sup>317</sup>

Nessa linha de pensamento, Mendes sustenta que a Corte Constitucional, deparando-se com situações concretas que suscitem questões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estaria autorizada a afastar a aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional, mediante a realização de um “severo juízo de ponderação”:

<sup>315</sup> MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica, 1999, pp. 706-710.

<sup>316</sup> ÀVILA, Ana Paula. Op. cit. p. 75.

<sup>317</sup> *Idem*, *Ibidem*, p. 81.

O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.<sup>318</sup>

O que se extrai do pensamento do referido autor é que a modulação dos efeitos da decisão que declarar inconstitucional uma lei ou ato normativo deverá ser resultado de uma rigorosa ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, a ser realizado por meio de um juízo de proporcionalidade, de modo a justificar a preponderância dos princípios que legitimam a mitigação dos efeitos, a saber, o da segurança jurídica e o princípio de relevante interesse social sobre o princípio da nulidade. Em outras palavras, não poderá o STF se utilizar de eventual atuação discricionária.<sup>319</sup>

Para a aplicação do juízo de ponderação, a maioria dos doutrinadores sugere a aplicação das regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*.<sup>320</sup> Outros autores recomendam um juízo intuitivo com base no senso de “justiça”.<sup>321</sup> Há quem ainda suscite a adoção da técnica da modulação com fundamento no utilitarismo.<sup>322</sup> Na verdade, não existem critérios definidos em lei ou na Constituição. O Supremo Tribunal Federal deve realizar a ponderação, conforme seu entendimento, decidindo sobre a conveniência e intensidade da modulação em cada caso.<sup>323</sup>

A respeito do assunto, Ana Paula Oliveira Àvila ressalta que a proporcionalidade tem um papel fundamental na ponderação exigida por conta da aplicação do art. 27:

<sup>318</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 647.

<sup>319</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADI-ED: 2728 AM, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 19/10/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-117 (DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00021 EMENT VOL-02292-01 PP-00074) e STF - MS: 26604 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 04/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-187 (DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-02 PP-00135 RTJ VOL-00206-02 PP-00626). Disponível: <<http://www.stf.jus.br/imprensa>>. Acesso em 12 de mai. 2015

<sup>320</sup> A doutrina brasileira, embasada no conhecimento jurídico alemão, reconhece que do princípio da proporcionalidade se extraem, como requisitos, a *adequação*, ou seja, que as medidas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; a *necessidade* ou *exigibilidade*, que decorre da inexistência de meio menos gravoso para alcançar os fins visados e a *proporcionalidade em sentido estrito* que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício desejado. *Apud* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 318.

<sup>321</sup> DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 199.

<sup>322</sup> Teoria utilitarista defendida por Jeremy Bentham, segundo a qual as normas jurídicas devem ser interpretadas a partir dos efeitos reais por elas produzidos, pois só seriam justas as que, ao serem aplicadas, produzissem bons efeitos e injustas as que, em decorrência de sua aplicação, produzissem consequências desfavoráveis. Adotando a utilidade como um critério objetivo para qualificar os efeitos justos e bons, injustos e desfavoráveis, considera mau o que é dor e bom o que dá prazer, o que tende a realizar a felicidade de todos ou de um maior número de pessoas. Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 302.

<sup>323</sup> DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 199.

A proporcionalidade vai servir para determinar em que medida se autoriza a agressão de uma norma constitucional (aquela que justifica a declaração de inconstitucionalidade) para a promoção de outras normas também constitucionais (aquelas que protegem os efeitos do ato inconstitucional). Ou, noutras palavras, em que medida a atribuição de efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* é o meio adequado, necessário e proporcional *stricto sensu* para a promoção da supremacia da Constituição como um todo.<sup>324</sup>

De se destacar, pois, que, junto à ponderação dos valores ou interesses jurídicos que se encontram em conflito em face do caso concreto, o aplicador do direito deverá realizar uma atividade de interpretação, de forma a temperar o rigor das decisões judiciais, visando adequá-las às situações de vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos. É neste sentido a opinião de Recaséns Siches, citado por Ferrari, quando afirma que o magistrado completa a obra do legislador, pois só se sabe do direito quando a sentença, avaliando as situações individuais e concretas, faz com que prevaleçam os valores que inspiraram a elaboração da lei.<sup>325</sup> Tal entendimento coaduna, pois, com afirmação de Häberle, segundo o qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, de modo que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública.<sup>326</sup>

A propósito, ao enfatizar a necessidade de correlação entre interpretação jurídica e relação social, Reis adverte que:

Sempre o intérprete deve buscar a realidade social na aplicação do direito. Não se admite mais hodiernamente que o intérprete aplique o direito fugindo dos seus anseios. O direito passa a ser concebido no atual momento como uma necessidade da sociedade atual para a concatenação dos problemas que afloram no ambiente social. Interpretar o direito junto com o contexto não significa refutar o positivismo ou quebrar a segurança jurídica do sistema para dar azo à interpretação desarrazoada ou desapegada a qualquer norma jurídica.<sup>327</sup>

Ferrari, citando a doutrina de Ihering, complementa que:

A concepção do Direito é prática, resulta da vida social e sua finalidade é a paz. Em outras palavras, as normas jurídicas, apesar da importância da letra da lei, devem ser interpretadas conforme os fins por ela visados, uma vez que a norma não é um fim em si mesma, mas um meio a serviço de uma finalidade, que é a harmonia da vida

<sup>324</sup> ÀVILA, Ana Paula Oliveira. Op. cit. p. 136.

<sup>325</sup> RECASÉNS SICHES, Luis. *Apud* FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 303.

<sup>326</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 10.

<sup>327</sup> REIS, Luciano Elias. A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 10, n. 42, out/dez/2010. Belo Horizonte: Forum, p. 184.

em sociedade. Assim, o Direito não pode ser o mesmo em todo tempo e lugar, mas deve adaptar-se às condições do povo, às necessidades da época. Portanto, “o direito não pode apresentar a mesma solução para todos os casos”.<sup>328</sup>

Imprescindível, pois, que o direito seja interpretado em consonância com a realidade que o cerca. Afinal, as relações jurídicas se transformam com o decurso do tempo. No dizeres de Karl Larenz:

Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar.<sup>329</sup>

De outro lado, paralelamente à necessidade de interpretação da norma, imperioso também que ocorra a motivação da decisão por parte do intérprete quando da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados da segurança jurídica ou do excepcional interesse público. Referido entendimento guarda consonância com a Carta Constitucional:

Art. 93 (...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).<sup>330</sup>

Com efeito, para fundamentar uma decisão, o intérprete deverá se valer da argumentação para concatenar os diversos argumentos que se apresentam, de forma a demonstrar aos interlocutores a pertinência da conclusão formulada em um determinado caso. Segundo Àvila:

A argumentação jurídica não é uma atividade que se exerça livremente, pelo menos não num Estado Democrático de Direito como um dos pilares do Estado de Direito e exige que o Estado, no exercício do poder que lhe é conferido, em qualquer de suas manifestações, conte com uma norma de competência no fundamento de sua atividade. Toda a atividade estatal, e assim também a judicial, parte de uma norma; com a argumentação jurídica não é diferente, sob pena de se abandonar o próprio Estado de Direito.<sup>331</sup>

<sup>328</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit. p. 303.

<sup>329</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ª ed., Lisboa, 1997, p. 495.

<sup>330</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 27.ª ed., São Paulo: Saraiva: 2001. Art. 93. IX.

<sup>331</sup> ÀVILA, Ana Paula. Op. cit. pp. 112-113.

Assinale-se que a teoria da argumentação jurídica diferencia fundamentação e argumentação. Fundamentar significa dar um motivo para decidir, o que é insuficiente. Não basta explicar porque decidiu, mas é necessário detalhar o porquê de ter chegado ao motivo que levou à decisão, explicando a sua validade, a sua aplicabilidade àquele caso. A justificação envolve a fundamentação e a fundamentação da fundamentação. O operador do direito deve remeter aos textos normativos aplicáveis, demonstrar porque são aplicáveis e, se possível, porque outros de possível aplicação deveriam ser afastados em determinado caso.<sup>332</sup>

Segundo Humberto Ávila, citando Alexy, há dois grandes grupos de argumentos: os argumentos institucionais e os argumentos não institucionais. Os primeiros seriam aqueles que têm, no ordenamento jurídico, o ponto de referência e, em razão disso, contam com maior carga de objetividade. Os segundos decorreriam do apelo ao sentimento de justiça e, por isso, possuem maior carga de subjetividade.<sup>333</sup>

Ressalta o autor que os argumentos não institucionais não estão relacionados com qualquer elemento descrito no ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos. Nestes, se encaixariam o pragmatismo e o consequencialismo,<sup>334</sup> que, consoante Ana Ávila, não devem servir de parâmetro para a interpretação do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, uma vez que “o reconhecimento da permanência dos efeitos (da lei declarada inconstitucional) deve decorrer justamente das normas que, acaso existentes, sustentem essa permanência, e, não, de um truque de mágica que não se justifique à luz do ordenamento jurídico”.

Adverte a referida autora que:

Há que se ter cuidado para não converter a *interpretação* do texto em *uso* do texto para a satisfação de interesses setoriais, em detrimento da normatividade da Constituição e daquilo que ela se propõe a proteger mais intensamente. Disso resulta que os argumentos pragmáticos ou consequencialistas têm uma força meramente cumulativa, no sentido de que somente podem ser utilizados quando fluírem na mesma direção dos argumentos institucionais, a título de *reforço*.<sup>335</sup>

<sup>332</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. *Apud* VILLAS-BÔAS, Marcos de Aguiar. Linguagem e argumentação: a sua importância para a interpretação no Direito Tributário. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2811, 13 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18681>>. Acesso em 10 mai. 2015.

<sup>333</sup> ÁVILA Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, janeiro/fevereiro/março/março de 2010, p. 6. Disponível na Internet: <<http://direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2015.

<sup>334</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>335</sup> ÁVILA, Ana Paula. Op. cit. pp. 119-120.

Com efeito, a fundamentação das decisões judiciais caracteriza-se como um dever atribuído ao julgador, que deriva do próprio texto constitucional, sendo também garantia fundamental que decorre do próprio Estado Democrático de Direito. Registre-se que a motivação dos julgados, além de permitir o controle dos fundamentos (argumentos) adotados pelo Tribunal para a aplicação dos princípios da segurança jurídica ou do excepcional interesse social, também contribui como fator de legitimação da decisão exarada.

Assim, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal, diante da problemática apresentada no caso concreto, deverá realizar uma atividade de ponderação, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, a fim de fundamentar a prevalência dos conceitos jurídicos indeterminados – segurança jurídica e excepcional interesse social – frente ao princípio da nulidade.

#### 4.2 EFEITOS ANÔMALOS CRIADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ESTUDO EMPÍRICO

No subitem anterior, muito foi dedicado à redação do art. 27 da Lei nº9.868/99. É fato, porém, que, apesar das críticas dirigidas ao permissivo legal, sua utilização tem sido recorrente pelo Supremo Tribunal Federal, em nome da segurança jurídica e do interesse social. Tais conceitos serão aqui analisados à luz de casos concretos submetidos à Corte Constitucional, os quais trouxeram evoluções jurisprudenciais incisivas no Brasil.

A modulação dos efeitos da decisão que declara uma lei inconstitucional em fiscalização concentrada não é novidade no direito comparado<sup>336</sup>. Traduz-se em técnica que surgiu da necessidade de se manter a estabilidade jurídica e considerar a boa-fé daqueles que praticaram atos confiantes na presumida constitucionalidade da norma, tema exaustivamente discorrido no subitem antecedente.

Neste ponto, pretende o estudo fazer uma análise da técnica aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em três julgados emblemáticos: Recurso Extraordinário nº 197.917/SP; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240/BA e Recurso Extraordinário com Agravo 709.212/DF.

Primeiramente, será explorado o RE nº 197.917/SP, que representa um marco na jurisprudência em razão da modulação e da transcendência de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em sede de controle difuso.

---

<sup>336</sup> A título de exemplo, MENDES, Gilmar. Op. cit. p. 572.



Seguindo a ordem cronológica, analisar-se-á a ADI nº 2.240/BA, cuja decisão se destaca por seus efeitos *pro futuro*, com eficácia diferida em vinte e quatro meses da decisão do Plenário.

Por fim, será examinado o ARE nº 709.212/DF, que representa um romper de paradigma há muito pacificado na jurisprudência brasileira, consistente em interpretação normativa cuja resistência se esvaneceu diante de novo panorama fático que o tempo trouxe às relações jurídicas.

Ao final de cada análise, pretende o estudo trazer ponderações às decisões e aos respectivos efeitos temporais face aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, em especial o da segurança jurídica.

#### 4.2.1 Análise do RE nº 197.917/ SP - Número de Vereadores

O primeiro caso concreto no Brasil em que houve discussão sobre a possibilidade de se modular os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de modo incidental se deu no Recurso Extraordinário nº 197.917/SP. No referido julgamento, eram questionados os critérios de fixação do número de vereadores pelas Câmaras Municipais do país.<sup>337</sup>

Originariamente, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública com objetivo de reduzir o número dos vereadores do Município de Mira Estrela, de onze para nove, à alegação de que a respectiva fixação, feita por lei orgânica municipal, contrariava a proporcionalidade exigida pela Constituição da República.

À época assim dispunha a Carta Maior Brasileira:

**Art. 29.** O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

[...]

IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:

a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;<sup>338</sup>

<sup>337</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 197917, relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em 27 de mai. 2015b.

<sup>338</sup> *Idem.* Constituição da República Federativa do Brasil. Texto Consolidado até a Emenda Constitucional nº 24 de 09 de dezembro de 1999. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_09.12.1999/art\\_29\\_.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_09.12.1999/art_29_.shtm)>. Acesso em 27 de mai. 2015c.

De início, o juiz de primeiro grau teve por parcialmente procedente o pedido e, reconhecendo, de forma incidental, a inconstitucionalidade da norma apontada, reduziu o número de vereadores de Mira Estrela. Determinou, ainda, a extinção dos mandatos dos vereadores que ultrapassavam o número estipulado e os condenou a devolverem eventuais verbas que percebessem após a sentença.

Todavia, ao apelo da Câmara de Vereadores e do Município, o Tribunal de Justiça local deu provimento ao recurso e julgou improcedente o pedido do *Parquet*, por considerar inviolados os preceitos constitucionais. Por sua vez, em Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público paulista, o caso chegou à Suprema Corte para julgamento final, distribuído à 2ª Turma, sob a relatoria do ministro Maurício Corrêa, o qual, ante a relevância do tema, conduziu o julgamento ao Pleno.

A controvérsia versava sobre a fixação do número exato de vereadores nos municípios brasileiros. Indagava-se especialmente se as Câmaras de Vereadores poderiam definir seu quantitativo, respeitados tão somente os limites constitucionais, ou se, adicionalmente, deveria ser observado um critério aritmético que traduzisse a proporcionalidade exigida pelo Texto Maior.

A Corte Constitucional proferiu acórdão em parcial provimento ao recurso ministerial, oportunidade em que reconheceu inconstitucional o parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP e impôs parâmetros aritméticos para que cada municipalidade fixasse o número dos seus vereadores, de acordo com o voto da relatoria.

O ministro Maurício Corrêa assim ponderou:

Depois de muito refletir sobre a controvérsia, acabei por situar-me ao lado daqueles que buscam na proporcionalidade aritmética a mais lúdima resposta à exigência constitucional, até porque não havia ainda meditado sobre qual das correntes seguiria, quando de minha passagem pelo TSE.

Tal reflexão funda-se primacialmente no pressuposto de que a Constituição não contém palavras ou expressões vazias, sem nenhum sentido. Daí por que, ao determinar que o 'número de vereadores' deve ser 'proporcional à população do Município', torna-se evidente que outra exegese não pode ser extraída do texto senão aquela que resulte nítida e expressivamente do seu próprio sentido.<sup>339</sup>

Apesar de o voto evidenciar o mérito da causa, o relator observou que o recorrente se absteve, na ocasião, de tecer considerações acerca das consequências da declaração incidental de inconstitucionalidade da lei impugnada:

<sup>339</sup> *Idem*. Supremo Tribunal Federal. RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em 27 de mai. 2015b, p. 379.

[...]nas razões do extraordinário, o recorrente impugnou tão-só a inconstitucionalidade da Lei Orgânica Municipal, ratificando a pretensão de reduzir o número de Vereadores de onze para nove, nada aduzindo, porém, quanto aos demais consectários requeridos na inicial, como o afastamento dos Vereadores excedentes e a devolução dos subsídios por eles recebidos, questões, por esse motivo, aqui não enfrentadas.

Assinale-se que, a despeito de a legislatura a que se refere a decisão de primeiro grau – quadriênio 1993/97 – já ter se exaurido, o presente recurso não se acha prejudicado. Com efeito, a ação promovida pelo Parquet questionou a composição da Câmara Legislativa do Município por entendê-la contrária à Carta da República, em face do excesso de representantes. Tal situação persiste, porquanto os eleitores de Mira Estrela elegeram para o quadriênio 2001/2004 o mesmo quantitativo de 11 (onze) Vereadores. Remanesce, portanto, o interesse em reduzir esse número e a consequente declaração incidental de inconstitucionalidade da norma municipal.<sup>340</sup>

Outrossim, consignou:

Observo, por fim, *obter dictum*, que a declaração de cassação dos mandatos, em situação como a presente, deveria ser precedida de reavaliação do quociente eleitoral, tendo em vista os partidos políticos que participaram das respectivas eleições, o que demandaria prévio exame da Justiça Eleitoral.<sup>341</sup>

O ministro Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, em seu voto, acentuou a repercussão que a declaração de inconstitucionalidade da norma municipal poderia trazer, o que justificaria a limitação dos efeitos da decisão *pro futuro*. Para tanto, em vista da omissão legislativa quanto à viabilidade da técnica da modulação de efeitos em controle concreto de constitucionalidade, fez análise da questão sob o prisma do direito americano, matriz do sistema brasileiro de fiscalização.

Relatou como os estadunidenses superaram a concepção ortodoxa de nulidade absoluta da lei (“*the unconstitutional statute is not law at all*”) para conferirem efeitos alternativos à decisão declaratória de inconstitucionalidade, citando em seu voto a autoridade de Laurence Tribe:

[...]A Corte de Linkletter tratou a questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de Linkletter no caso *Stovall v. Denno*: ‘Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões’.<sup>342</sup>

<sup>340</sup> *Ibidem*, pp. 396-397.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 397.

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 408.

Destacou, também, o emblemático caso *Mapp vs. Ohio* (1961), no qual a Suprema Corte Americana reconheceu que a prova obtida ilegalmente não poderia servir em juízo penal, em superação ao entendimento estabelecido no julgamento de *Wolf vs. Colorado* (1949). Narra o ministro que, diante de inúmeras petições de *habeas corpus* que se seguiram ao julgado, apresentadas com escopo de assegurar a aplicação retroativa do novo posicionamento, as pretensões foram contrariadas. Assentou-se que o seu deferimento “acabaria por quebrantar a confiança que órgãos do Estado depositaram em *Wolf vs. Colorado* e imporia uma desmedida carga de trabalho para a administração da Justiça”.<sup>343</sup>

Ao destacar que um sistema tradicional de controle de constitucionalidade, tal qual o norte-americano, passou a mitigar os efeitos das respectivas decisões (ao lado de outras cortes constitucionais, como a austríaca, a alemã, a espanhola e a portuguesa), Mendes acrescenta que a técnica de limitação de efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade é compatível com o sistema de controle difuso.

Igualmente, o ministro faz um paralelo entre os sistemas brasileiro e português:

[...] o Tribunal Constitucional ressalva, frequentemente, os efeitos produzidos até à data da publicação da declaração de inconstitucionalidade no Diário da República ou, ainda, acrescenta no dispositivo que são excetuada aquelas situações que estejam pendentes de impugnação contenciosa.<sup>344</sup>

Prossegue o ministro Gilmar Mendes a argumentar que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade incidental se justifica, no Brasil, primeiro, no próprio sistema constitucional, que também legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato. Com efeito, o mesmo fundamento utilizado para afastar o princípio da nulidade da norma declarada inconstitucional em sede de controle concentrado é sustentado em demandas concretas, porquanto surtirá os mesmos efeitos.

Ora, se em uma ponderação de dado princípio, como, por exemplo, o da segurança jurídica, com o princípio da nulidade da norma inconstitucional, aquele se mostrar suficiente para a exclusão deste no controle direto, a decisão restritiva deverá afetar, numa via oblíqua, os processos concretos em que se faz a fiscalização da norma de modo incidental. Ou seja, os efeitos limitados da decisão de controle abstrato deverão ser refletidos naqueles processos concretos em que a norma declarada inconstitucional for alvo de impugnação incidental.

Outra razão que o ministro aponta para possibilitar-se a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em sede de fiscalização normativa concreta é a

---

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 409.

<sup>344</sup> *Ibidem*, p. 414.

diferenciação, realizada pelo STF, entre o plano da norma (*Normebene*) e o plano do ato concreto (*Einzelaktebene*).

Rememorando precedentes da Casa, Mendes transcreve reflexão *obiter dictum* desenvolvida pelo ministro Leitão de Abreu, da qual se destaca:

Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o Corpus Juris Secundum, de que a **lei inconstitucional é um fato eficaz**, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, **podendo ter consequências que não é ilícito ignorar. A tutela da boa-fé** exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.<sup>345</sup> (grifos)

Após citar outros julgados da Corte Constitucional, evidencia que a norma do art. 27 da Lei nº 9.868/99 tem caráter interpretativo, uma vez que os conceitos indeterminados nela insertos se assentam na Constituição: a segurança jurídica, no princípio do Estado de Direito; o excepcional interesse social, em diversos regramentos constitucionais. Salienta, com isso, que o afastamento do princípio da nulidade só poderá se dar quando evidenciado que sua manutenção acarretaria sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. O tema já foi objeto de apreciação pormenorizada no subitem anterior.

O voto adverte, contudo, que a eficácia reduzida da declaração de inconstitucionalidade não pode se dar por meio de decisões arbitrárias, estando condicionadas ao princípio da proporcionalidade. Relacionando a obra de Rui Medeiros, coloca as três vertentes do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, destacando a última:

A proporcionalidade nesta terceira vertente tanto pode ser perspectivada pelo lado da limitação de efeitos como pelo lado da declaração de inconstitucionalidade. Tudo se reconduz, neste segundo caso, a saber se à luz do princípio da proporcionalidade as consequências gerais da declaração de inconstitucionalidade são ou não excessivas. Impõe-se, para o efeito, ponderação dos diferentes interesses em jogo, e, concretamente, o confronto entre interesses afectado pela lei inconstitucional e aqueles que hipoteticamente seriam sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroactiva e repristinatória.<sup>346</sup>

Com esses argumentos, o ministro Gilmar Mendes concluiu que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* da lei objeto do Recurso Extraordinário ameaçaria

<sup>345</sup> *Ibidem*, pp. 418-419.

<sup>346</sup> *Ibidem*, p.439.

a segurança jurídica e o interesse social envolvido. Demonstra que a decisão, se dotada de plenitude eficaz, ocasionaria repercussões relacionadas a momento anterior à eleição daqueles vereadores: fixação do número a compor a Câmara Municipal, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Também haveria consectários após o pleito, tal como a validade da deliberação da Câmara de Vereadores nos diversos projetos e leis aprovados.<sup>347</sup>

Assim, afastando-se das razões relacionadas à política judiciária e, por outro lado, sustentando-se em fundamentos da própria Constituição, o voto do ministro se direcionou para a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP, com efeitos diferidos (*pro futuro*). Ressalvou, assim, a competência do legislativo municipal para disciplinar a matéria para o pleito eleitoral posterior, com a consequente manutenção dos mandatos decorrentes da eleição anterior, em prol do interesse público e da segurança jurídica.

Cabe salientar que o Tribunal Superior Eleitoral brasileiro já havia firmado posição sobre a matéria. Entendia o TSE que os municípios eram dotados de plena autonomia para definirem o quantitativo de representantes do respectivo Poder Legislativo, cabendo-lhes, exclusivamente, a observância das balizas constitucionais.

Esse entendimento representava o pensamento de alguns ministros do STF sobre o tema, a exemplo do ministro Sepúlveda Pertence, que também compunha aquela Corte Superior. A propósito, o voto desse ministro divergiu do relator e, fazendo alusão à Emenda Constitucional nº 25, aprovada no curso do processo e que limitava os gastos dos municípios, manifestou-se favorável à autonomia das casas legislativas locais para determinarem o número dos seus componentes.<sup>348</sup> Apesar da divergência suscitada, seguida pelos ministros Marco Aurélio<sup>349</sup> e Celso de Mello<sup>350</sup>, os demais ministros seguiram o voto do relator.<sup>351</sup>

Quanto ao efeito diferido da decisão, explanado no voto do ministro Gilmar Mendes, o ministro Cezar Pelluso ainda acrescenta:

De fato, se a CF legitima tal limitação no controle abstrato, não tem por que não legitimá-la no concreto, pois, no fundo, as técnicas de controle servem ambas, com caráter alternativo e consequências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional. A variedade dos instrumentos, ou dos métodos, não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da constitucionalidade

---

<sup>347</sup> *Ibidem*, p. 438.

<sup>348</sup> *Ibidem*, pp. 445-463.

<sup>349</sup> *Ibidem*, pp. 475-482.

<sup>350</sup> *Ibidem*, pp. 497-505.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 510.

das leis. A regra da nulidade, enfim, cede apenas a razões de coerência sistemática e de segurança jurídica, ditadas por situações excepcionais, como o caso.<sup>352</sup>

Ao final, o Tribunal, por sua maioria, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para, restabelecendo parte da decisão de primeiro grau, declarar inconstitucional, *incidenter tantum*, o dispositivo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela/SP, que fixava em onze o número dos seus vereadores, e determinar ao Poder Legislativo Municipal a adoção de medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros fixados, respeitados os mandatos dos vereadores em curso à época.<sup>353</sup>

Vislumbra-se nesse julgado, portanto, um efeito distinto criado pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que se decidiu diferir a carga eficaz de decisão proferida em controle incidental de constitucionalidade, conquanto inexistente tal previsão no direito posto. O *decisum* utilizou uma interpretação sistemática do dispositivo legal que autoriza a modulação de decisões em âmbito abstrato e estendeu o permissivo ao caso concreto, ao argumento de que “a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental”.<sup>354</sup>

Embora a solução apresentada pelo ministro Gilmar Mendes seja prática e respaldada em princípios constitucionais, não se pode ignorar o risco gerado ao princípio federativo, à tripartição dos poderes e à própria democracia. Ao proceder à limitação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle incidental sem respaldo legal, poderia figurar-se uma atuação excedente às balizas conferidas pelo texto constitucional ao STF, se analisado sob a perspectiva do direito posto.

Nessa linha, poderia se inferir que o Tribunal, com escopo de conceder uma solução que mais se aproximasse do ideal de justiça e preservasse ao máximo a estabilidade jurídica, lançou mão de argumentos consequencialistas, por meio de uma lógica mediana.

Em verdade, não havia instrumentos jurídicos que permitisse à Corte agir de outra forma. Todavia, poderia o STF, naquela oportunidade, recomendar ao Poder Legislativo que fizesse os acréscimos necessários à Lei 9.868/99 a fim de normatizar a exceção ali criada.

Nesse diapasão, merece atenção, *obter dictum*, o esclarecimento feito pelo ministro Sepúlveda Pertence em 27/06/2002, consignando que a questão econômica motivadora da

---

<sup>352</sup> *Ibidem*, p. 492.

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 511.

<sup>354</sup> *Ibidem*, p. 416.

ação civil pública originária havia sido resolvida com a Emenda Constitucional nº 25.<sup>355</sup> Significa afirmar que, se a demanda originária tinha por objeto combater o vultoso gasto dos municípios com suas Câmaras de Vereadores, a nova redação constitucional veio como uma resposta a esse anseio social, estabelecendo um limite máximo de gastos das municipalidades com seu Poder Legislativo, incluídos os subsídios dos vereadores.<sup>356</sup> O acontecimento a que se referiu o ministro retratou a preocupação com a legitimidade da Corte Constitucional nas situações em que o entendimento firmado não encontra eco no direito positivo. Entretanto, tal ponderação não foi considerada relevante para o julgamento do caso, finalizado em 24/03/2004.

Apesar de a solução apresentada pelo Poder Constituinte derivado, na Emenda Constitucional nº 25/00, remediar a imoderação nos gastos dos legislativos municipais, o STF prosseguiu o julgamento em endosso ao minucioso voto do relator. Realizando uma operação matemática com a finalidade de interpretar a expressão “proporcionalidade” existente na Carta Federal, a Corte Constitucional impôs, com eficácia transcendental, o número de vereadores que deveria compor cada Câmara, de acordo com o número de habitantes da respectiva municipalidade.

Também nesse aspecto, indaga-se se a Corte Suprema teria ultrapassado os poderes que lhes foram conferidos pela Lei Máxima, principalmente considerando que o Constituinte

<sup>355</sup> Art. 1º O inciso VI do art. 29 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 29 [...]"

"VI - o subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, observado o que dispõe esta Constituição, observados os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e os seguintes limites máximos:" (NR)

"a) em Municípios de até dez mil habitantes, o subsídio máximo dos Vereadores corresponderá a vinte por cento do subsídio dos Deputados Estaduais;" (AC) AC = acréscimo.

[...]

Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 29-A:

"Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior:" (AC)

"I - oito por cento para Municípios com população de até cem mil habitantes;" (AC)

"II - sete por cento para Municípios com população entre cem mil e um e trezentos mil habitantes;" (AC)

"III - seis por cento para Municípios com população entre trezentos mil e um e quinhentos mil habitantes;" (AC)

"IV - cinco por cento para Municípios com população acima de quinhentos mil habitantes." (AC)

"§ 1º A Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores." (AC)

[...]" (BRASIL, *Emenda Constitucional nº 25, de 14 de fevereiro de 2000*. Altera o inciso VI do art. 29 e acrescenta o art. 29-A à Constituição Federal, que dispõem sobre limites de despesas com o Poder Legislativo Municipal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc25.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc25.htm)>. Acesso em 27 de mai. 2015d.

<sup>356</sup> *Idem*. Supremo Tribunal Federal. RE 197917, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em 27 de mai. 2015b, p. 400.



originário já delimitara os quantitativos mínimo e máximo de representantes nos legislativos municipais.

Por fim, aproximando este estudo da realidade social tão aludida pelo STF, questiona-se, novamente, a legitimidade deste órgão para proferir uma decisão que tem reflexos diretos em cada município do país. Adequado interrogar-se se poderia este órgão, tão distante dos milhares de municipalidades que existem entre o Oiapoque e o Chuí, e não sujeitos a processo eletivo, expressar por suas decisões a vontade do povo, relativa à quantidade de representantes que quer ter em suas Câmaras de Vereadores, para fazer-lhes cobranças peculiares a cada localidade.

Em um Estado Democrático de Direito, com funções bem delimitadas pela Constituição da República, é relevante que a Corte Constitucional exerça sua função de guardião do Documento Político Basilar, sem descurar da realidade social, especialmente no momento de conferir efeitos prospectivos às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, seja ele incidental ou concentrado.

É imprescindível, pois, que essa atividade considere não apenas a sociedade plural e complexa, resultado da contemporaneidade, mas também os limites de atuação conferidos à Corte Suprema pelo ordenamento jurídico, a fim de resguardar a legitimidade ansiada pela democracia constitucional. Em outras palavras, espera-se que a modulação da eficácia de seus julgados seja assentada no fundamento da segurança jurídica e não seja utilizada como meio de amenizar a visibilidade de uma decisão exorbitante.

#### 4.2.2 Análise da ADI 2.240/ BA – Criação do Município de Luís Eduardo Magalhães

O Partido dos Trabalhadores (PT) propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta para declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, cujo julgamento representa um marco na jurisprudência brasileira, ante a singularidade dos efeitos a ela atribuídos.

O Município fora criado em 30 de março de 2000, desmembrado do Município de Barreiras, daquela unidade da Federação, com base em preceito da Constituição baiana<sup>357</sup>, que

<sup>357</sup> Constituição do Estado da Bahia de 1989:

Art. 54 – Lei complementar estadual disporá sobre a criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios, estabelecendo os critérios e requisitos mínimos relativos à população, eleitorado, número de domicílios e renda, observadas as seguintes condições:[...]

IV – criação de Município somente no período compreendido entre doze e seis meses anteriores às eleições gerais para Governador ou prefeito”. (BAHIA, *Constituição do Estado da Bahia*. Disponível em <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=73273>>. Acesso em 27 de mai. 2015).

atribuía à lei complementar estadual os requisitos definidores da criação e desmembramento de municípios, na forma autorizada pela redação original do artigo 18, §4º, da Carta Brasileira<sup>358</sup>.

Todavia, em 1996, o dispositivo constitucional, modificado pela Emenda nº 15, passou a dispor que:

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.<sup>359</sup> (grifos)

Desse modo, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 2.240/BA fundamentava-se, em especial, na inexistência de lei complementar federal exigida pelo novo artigo 18, § 4º, da Constituição Federal. Asseverou a parte autora da ação que a norma estadual em que se assentou a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães teria sido revogada com o advento da EC 15/96.

Em suas manifestações, o Governador e a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia defenderam a manutenção da lei atacada, ao passo que o Advogado-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República se opuseram, ante a flagrante inconstitucionalidade da norma criadora do Município.

A ação fora distribuída para a relatoria do ministro Eros Grau e o seu julgamento aconteceu no dia 09 de maio de 2007, no plenário do STF, onde o Tribunal, por seus ministros, julgou procedente, à unanimidade. Quanto aos efeitos da decisão, seguindo o voto-vista do ministro Gilmar Mendes, a maioria não pronunciou a nulidade do ato questionado e manteve a sua vigência pelo prazo de vinte e quatro meses, vencido, nesse aspecto, o ministro Marco Aurélio, que votou no sentido de declarar a nulidade da norma.<sup>360</sup>

<sup>358</sup>

Redação original do artigo 18, § 4º da Constituição Brasileira:

§ 4º - a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por **lei estadual**, obedecidos os requisitos em **lei complementar estadual**, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto promulgado em 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_09.12.1999/art\\_29\\_.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_09.12.1999/art_29_.shtm)>. Acesso em 27 de mai. 2015e) (grifos).

<sup>359</sup> *Idem*. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto Consolidado até a Emenda Constitucional nº 15 de 12 de setembro de 1996. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_09.12.1999/art\\_29\\_.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_09.12.1999/art_29_.shtm)>. Acesso em 27 de mai. 2015f.

<sup>360</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279. Disponível em

Portanto, a lei que criava o Município de Luís Eduardo Magalhães, apesar de declarada inconstitucional, permaneceu vigente por prazo posterior à decisão da Suprema Corte, durante lapso temporal considerado razoável para que o legislador tomasse as medidas cabíveis à regularização a situação do novo ente.

É nesse último ponto que o estudo intenta sua delimitação, quanto ao efeito limitado *pro futuro* dado à decisão que reconheceu incongruente a norma baiana com a Carta Maior.

Antes, porém, de ingressar na análise dos debates acerca da modulação operada na ação, far-se-á breve incurso cronológico das razões transcritas no voto do relator e no voto-vista proferido pelo ministro Gilmar Mendes, que conduziram à solução apresentada pela Corte Constitucional.

O relator, ministro Eros Grau, no início do seu voto, vislumbrou a inconstitucionalidade da lei estadual por meio de um *simples exercício de subsunção*, nos seguintes termos:

O § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi atribuída pela EC nº 15/96, estabelece que a criação de Município será feita por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, dependendo de consulta prévia. Não foi, até esta data, produzida a lei complementar federal mencionada no preceito. Daí porque a interpretação literal do texto desse § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil conduziria, em simples exercício de subsunção, à automática declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães.<sup>361</sup>

Em seguida, Grau, analisando detalhadamente a realidade fática do Município, passou a demonstrar as consequências de uma eventual declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada:

Ocorre que o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as **consequências perniciosas** que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual.

O Município --- permito-me repeti-lo --- o Município foi **efetivamente** criado, assumindo **existência de fato**. No seu território foram exercidos atos próprios ao ente federativo dotado de autonomia. No dia 19 de julho de 2.001, foi promulgada a sua lei orgânica. O Município legisla sobre assuntos de interesse local; até maio de 2.006, foram sancionadas mais de duzentas leis municipais. O Município elegeu os seus Prefeito e Vice-Prefeito, bem assim os seus Vereadores, em eleições realizadas pela Justiça Eleitoral. Instituiu e arrecadou tributos de sua competência. Prestou e está a prestar serviços públicos de interesse local. Exerce poder de polícia. Em seu

---

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 27 de mai. 2015g, p. 348.

<sup>361</sup> *Ibidem*, pp. 287-288.

território --- isto é, no Município de Luís Eduardo Magalhães --- foram celebrados casamentos e registrados nascimentos e óbitos. O Município recebe recursos federais e estaduais e participa da arrecadação de tributos federais e estaduais. Segundo dados obtidos no sítio do IBGE [www.ibge.gov.br], no ano de 2.000 foram realizadas eleições no Município de Luís Eduardo Magalhães, organizadas pelo TRE-BA, de que participaram 9.412 eleitores. Em 2.004, eram 20.942 os eleitores do Município. No ano de 2.001 o Município contava com 18.757 habitantes, que se movimentam numa frota de 2.921 veículos. A população estimada pelo IBGE em 2.005 é de 22.081 habitantes. A frota, por sua vez, saltou para 3.928 veículos em 2.004. Em 2.002 foram assentados 469 nascimentos no cartório de registros públicos. Em 2.003 foram 383 registros. Também em 2.002, o Município recebeu quotas do fundo de Participação dos Municípios no valor de R\$ 4.011.364,34 e do FUNDEF da ordem de R\$ 2.128.461,58. No ano seguinte, R\$ 4.237.187,52 do FPM e, em 2.004, R\$ 4.305.244,00 provenientes do FUNDEF. Em 2.003 contava com 8.174 alunos matriculados, 7.842 na rede municipal de ensino, composta por 14 escolas e 262 docentes. No sítio da Prefeitura Municipal [www.luiseduardomagalhaes.ba.gov.br], dá-se notícia de que a cidade possui 7.000 aparelhos de telefone instalados, com o maior consumo per capita em telefonia celular do Estado da Bahia. Em suma, o Município de Luís Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política.<sup>362</sup>

O relator fundamenta seu voto em robusta autoridade doutrinária, evidenciando que o princípio da segurança jurídica, no caso em julgamento, deve prevalecer em benefício da preservação do Município.

Inicialmente, cita estudo de Almiro do Couto e Silva:

[...] a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (Treue und Glauben) dos administrados; [...] MIGUEL REALE é o único dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado 'Revogação e Anulamento do Ato Administrativo' em capítulo que tem por título 'Nulidade e Temporalidade'. Depois de salientar que **'o tempo transcorrido pode gerar situações de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia'**, diz ele que é mister distinguir duas hipóteses/; (a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; (b) a perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable).<sup>363</sup>(grifos)

Aludindo-se a Jellinek, defende que no caso *sub judice* atua a força normativa dos fatos [*normative Kraft des Faktischen*]. Argumenta que, na vida do Estado, as relações reais precedem as normas; as leis são produzidas em razão da realidade fática.<sup>364</sup>

O relator expõe que o fato posto a exame se trata de uma exceção não prevista no direito positivo, ao contrário do casamento putativo e das sociedades de fato, reconhecidos no âmbito civil.

<sup>362</sup> *Ibidem*, pp. 288-290.

<sup>363</sup> *Ibidem*, pp. 290-291.

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 292.

Referindo-se à peculiaridade do caso, rememora Carl Schmitt em seus apontamentos:

[...]estamos diante de uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela força normativa dos fatos. A essa força é que CARL SCHMITT faz alusão ao apontar o fato de, no princípio de dezembro de 1.949, o representante inglês na ONU ter declarado, em relação ao reconhecimento do novo governo comunista da China, que um reconhecimento jurídico internacional não há de apoiar-se senão na realidade fática. No caso que ora apreciamos importa simplesmente termos consciência da inescandível realidade fática do Município de Luís Eduardo Magalhães.<sup>365</sup>

O ministro Eros Grau passa, por conseguinte, a explicitar a situação excepcional em que é criado o Município de Luís Eduardo Magalhães. Aduz que a exceção se dá, inicialmente, devido à omissão do Próprio Poder Legislativo Federal que, desde a emenda constitucional nº 15, de 1996, se omite em editar a lei complementar a que ela se refere e, assim, acaba por impedir a criação de novos municípios:

Daí termos que, no caso do Município de Luís Eduardo Magalhães, a exceção --- exceção que, como observei, não é prevista pelo direito positivo --- decorre de violação, ao menos indireta, pelo Congresso Nacional, da ordem constitucional. Estamos aqui diante de uma situação anormal, a omissão do Legislativo instalando uma fissura, dir-se-ia, na ordem constitucional. Moléstia do sistema, desvio do seu estado normal.<sup>366</sup>

A seguir, o ministro relator, estribando-se nos ensinamentos de HESSE, consigna que, conquanto a decisão política da criação da municipalidade de Luís Eduardo Magalhães tenha violado a regra constitucional, ela foi afirmada e dela decorreram efeitos que não podem ser ignorados:

[...] Lembro, no entanto, conhecida observação de Konrad Hesse: na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importante, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o seu nascimento [da realidade inconstitucional] ou para pô-la, essa realidade, novamente em concordância com a Constituição.[...] Não é possível retornarmos ao passado, para anular esta realidade, que produziu efeitos e permanece a produzi-los.<sup>367</sup>

A relatoria ainda faz um contraponto, trazendo ao voto clássico estudo de inconstitucionalidade feito por Francisco Campos:

---

<sup>365</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>366</sup> *Ibidem*, pp. 295-296.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 297.

[...]ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexiste de direito ou é para o Direito como se nunca houvesse sido. [...] Um ato do poder legislativo em contravenção a uma cláusula constitucional não é, com efeito, uma lei. Quando concorrem em um determinado caso uma lei inconstitucional e a Constituição, não tem o poder judiciário que indagar qual a superior para saber a que deve aplicar, se a suposta lei, se a Constituição. [...] O caso, pois, se resolverá perante os tribunais como se, na espécie, lei ordinária não houvesse.<sup>368</sup>

O relator defende que essa teoria não convém para o julgamento da lei posta sob fiscalização, ante a impossibilidade de se ignorar a realidade fática da existência do Município. Acrescenta que não há de se examinar, no caso, apenas “o plano do abstracionismo normativista, como se devêssemos prestar contas a Kelsen e não a uma ordem concreta”.<sup>369</sup> Pretende, com essas deduções, fazer uma análise do direito como um plano da realidade social, que ultrapassa um esquema lógico de formalidade.<sup>370</sup>

Ao final, Eros Grau, entendendo mais adequada a preservação do Município, votou pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

Em seguida, pediu vista dos autos o ministro Gilmar Mendes, o qual, entendendo suficientemente explanadas as repercussões que uma eventual decisão de inconstitucionalidade poderia acarretar, apresentou divergência ao voto do relator:

[...]A solução para o problema, a meu ver, não pode advir da simples decisão de improcedência da ação. Seria como se o Tribunal, focando toda sua atenção na necessidade de se assegurar realidades concretas que não podem mais ser desfeitas e, portanto, reconhecendo plena aplicabilidade ao princípio da segurança jurídica, deixasse de contemplar, na devida medida, o princípio da nulidade da lei inconstitucional.<sup>371</sup>

Asseverou que, conquanto se releve o princípio da segurança jurídica no julgamento da lei que criou o município de Luís Eduardo Magalhães, isso não é suficiente para obliteração do preceito da nulidade das normas inconstitucionais.

Rememorou o ministro casos semelhantes, em que houve instituição de municípios, cujas leis foram declaradas inconstitucionais com eficácia absoluta pelo STF. Consignou que é assentado no Tribunal o entendimento de que a ausência de lei complementar federal a que se refere a Constituição da República tem o condão de inviabilizar a criação de novas municipalidades.

Prosseguiu seus argumentos e, invocando a autoridade de Alexy, Mendes propôs ao Tribunal um novo expediente, consistente em “primar pela otimização de ambos os

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 300.

<sup>369</sup> *Ibidem*, p. 301.

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 303.

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 311.

princípios, tentando aplicá-los, na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto pode nos apresentar”.<sup>372</sup> Defende, com isso, a utilização da técnica de ponderação entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica.

Na ocasião, o ministro Gilmar Mendes traz, para sua fundamentação, notas do direito comparado, do qual se destaca dispositivo da Constituição de Portugal, que prevê o alcance restrito da decisão de inconstitucionalidade - art. 282, (4):

Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos nº 1 e 2.<sup>373</sup>

Acrescenta, ainda, doutrina do constitucionalista Jorge Miranda:

A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, **para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração**, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

Uma norma como a do art. 282, nº 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos, pelo menos na jurisprudência.

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar **em consideração as possíveis consequências destas**[...].<sup>374</sup> (grifos)

Mendes pondera que, conquanto a aplicação da técnica de limitação de efeitos do *decisum* declaratório de inconstitucionalidade esteja submetida a cláusulas gerais na Constituição Portuguesa, deve ser observada a proporcionalidade, de modo a resguardar a decisão restrita de interferências arbitrais.

Sobre proporcionalidade, alude-se à visão de Rui Medeiros:

'A proporcionalidade nesta terceira vertente tanto pode ser perspectivada pelo lado da limitação de efeitos como pelo lado da declaração de inconstitucionalidade. Tudo se reconduz, neste segundo caso, a saber se à luz do princípio da proporcionalidade as **consequências gerais** da declaração de inconstitucionalidade são ou não excessivas. [...] Não basta, pois, afirmar que 'o tribunal Constitucional deve fazer um juízo de proporcionalidade, cotejando o interesse na reafirmação da ordem jurídica -- que a eficácia ex tunc da declaração plenamente potencia -- com o interesse na eliminação do factor de incerteza e de insegurança -- que a retroactividade, em princípio, acarreta (Acórdão do Tribunal Constitucional nº 308/93)'. É preciso acrescentar que o Tribunal Constitucional deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral e eficácia retroactiva e

<sup>372</sup> *Ibidem*, pp. 311-312.

<sup>373</sup> *Ibidem*, p. 316.

<sup>374</sup> *Ibidem*, p. 316.

repristinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevo.<sup>375</sup>  
(grifos)

Ainda invocando a autoridade desse jurista, o ministro destaca que o conceito indeterminado relativo a interesse público excepcionalmente relevante não é meramente político, conquanto tenha também essa nuance:

Em verdade, tal como anota Rui Medeiros, a referência ao interesse público de excepcional relevo não contrariou qualquer intenção restritiva, nem teve o propósito de substituir a constitucionalidade estrita por uma constitucionalidade política ou de colocar a razão do Estado em lugar da razão da lei. Essa opção nasceu da constatação de que 'a segurança jurídica e a equidade não esgotavam o universo dos valores últimos do direito que, em situações manifestamente excepcionais, podiam justificar uma limitação de efeitos'.

Resta, assim, evidente que o art. 282 (4) da Constituição portuguesa adota, também, em relação ao interesse público de excepcional relevo, um conceito jurídico indeterminado para abarcar os interesses constitucionalmente protegidos não subsumíveis nas noções de noções de segurança jurídica e de equidade.

Essa orientação enfatiza que os conceitos de segurança jurídica, equidade e interesse público de excepcional relevo expressam valores constitucionais e não simples fórmulas de política judiciária.<sup>376</sup>

Concluindo seu estudo do direito comparado, traz reflexões do tema feitas pela doutrina brasileira. Aduz que, no Brasil, o princípio da nulidade das normas inconstitucionais é tido por insuficiente, especialmente quando elas são inadequadas em razão de defeito legislativo (omissão parcial legislativa), ou quando as leis, ainda que inconstitucionais, são aplicadas por diversos anos, como no caso posto em julgamento.<sup>377</sup>

Em decorrência disso, demonstra como a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira tem evoluído, principalmente após o advento da Lei nº 9.868/99, que permite a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.<sup>378</sup> Assevera que a falta do instituto acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.<sup>379</sup>

Assim, compreende que uma decisão ortodoxa de nulidade da norma inconstitucional, com plena eficácia, poderia causar um verdadeiro caos jurídico, assim como do ponto de vista político, econômico e social. Consigna ser possível e, muitas vezes, inevitável, afastar o princípio da nulidade em determinadas situações, com base no princípio da segurança jurídica, de *status* constitucional.

<sup>375</sup> *Ibidem*, p.318.

<sup>376</sup> *Ibidem*, pp. 318, 319.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p.323.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p.324.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 326.



Concluiu seu voto divergente pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade da lei instituidora do Município de Luís Eduardo Magalhães, mantendo, todavia, sua vigência pelo prazo de vinte e quatro meses, tempo concedido para o legislador reapreciar o tema, baseado nos parâmetros a serem fixados na lei complementar federal.<sup>380</sup> As considerações de Mendes foram endossadas pela relatoria, que retificou o seu voto para acompanhá-lo.<sup>381</sup>

O ministro Marco Aurélio, por sua vez, apresentou voto divergente quanto à modulação dos efeitos temporais. Iniciou seu discurso lembrando que a Corte Constitucional julgara a constitucionalidade da Emenda nº 15 de 1996, a qual impõe edição de lei federal como requisito para criação dos Municípios pelos Estados da Federação, em que pese, naquela oportunidade, ter apresentado voto divergente, pela inconstitucionalidade da referida emenda. Com efeito, por ter declarado previamente constitucional a nova regra, o STF se mostraria contraditório ao acolher a criação de um município à margem da Constituição Federal.<sup>382</sup>

Assim, Marco Aurélio passou a externar que não era favorável à declaração de constitucionalidade da norma criadora do Município de Luís Eduardo Magalhães, quando os ministros Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie e Gilmar Mendes esclareceram que, na verdade, a Corte estava declarando a sua incompatibilidade com a Constituição. Explicaram que, no caso, a declaração era atípica, desprovida de pronúncia de nulidade, a que Marco Aurélio acentuou:

O artigo 27 prevê a modulação, salvando-se os atos praticados ao abrigo da lei até então e fulminando-se os subsequentes. Aqui, invertemos a situação. Simplesmente declaramos que a criação do Município se mostrou inconstitucional até esta data, ou até a publicação do acórdão, e não se mostrará inconstitucional a partir da publicação do mesmo acórdão.[...] fixa-se um termo inicial para ter a declaração de inconstitucionalidade quanto ao futuro, não quanto ao passado.[...] Agora, o que estamos fazendo? Declaramos a inconstitucionalidade da lei e fulminamos práticas pretéritas?<sup>383</sup>

Durante o debate, os demais ministros esclareceram que, no caso em julgamento, em decorrência dos efeitos dados à decisão de inconstitucionalidade da norma criadora do Município de Luís Eduardo Magalhães, estava o Tribunal concedendo uma prorrogação à

---

<sup>380</sup> *Ibidem*, p. 345.

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>383</sup> *Ibidem*, pp. 340-342.

legislação. Comparando com o julgado de Mira Estrela, explicaram que se pretendia, com os efeitos futuros da decisão, submeter a existência do Município a uma cláusula resolutiva.<sup>384</sup>

Em outras palavras, estava-se possibilitando a ratificação da criação da municipalidade por novos atos dos Poderes Legislativos Federal e Estadual, de acordo com o determinado na Carta Maior, o que, se não ocorrendo, aí sim desconstituiria definitivamente o Município.

Ao final, os ministros julgaram unanimemente procedente a ação direta de inconstitucionalidade e, por maioria, modularam a decisão para manter a legislação vigente pelo prazo de vinte e quatro meses, até novo regramento a ser estabelecido pelo legislador estadual, vencido, no que tange aos efeitos dados à decisão, o ministro Marco Aurélio.<sup>385</sup>

Persiste, atualmente no Brasil, a ausência da lei complementar federal para fazer frente à norma do art. 18, § 4º, da Constituição da República, que permanece, com isso, com sua eficácia limitada. O Congresso Nacional enviou para sanção o Projeto de Lei nº 98/2002, com o fim de regulamentar a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, nos termos da determinação constitucional, o qual foi integralmente vetado pelo Poder Executivo.

O Município de Luís Eduardo Magalhães, assim como outros, teve sua existência ratificada em 18 de dezembro de 2008, por meio da Emenda Constitucional nº 57, a qual acrescentou o artigo 96 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para dispor:

Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.<sup>386</sup>

O que se verifica desse julgado é que o Supremo Tribunal Federal, mais que puramente jurisdicional, é um órgão político. Com efeito, apesar de negar a constitucionalidade da norma, o Tribunal escolheu fazer uma leitura peculiar do artigo 27 da Lei 9.868/99, que permite a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Diante dos atos que já haviam se estabilizado no mundo dos fatos, o STF preferiu prorrogar a constitucionalidade da norma por tempo suficiente para que o legislador atendesse ao seu

<sup>384</sup> *Ibidem*, pp. 339-344.

<sup>385</sup> *Ibidem*, p. 348.

<sup>386</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Emenda Constitucional nº 57. Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/EMC57\\_18.12.2008/EMC57.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/EMC57_18.12.2008/EMC57.shtm)>. Acesso em 27 de mai. 2015h.

apelo de regularizar os fundamentos normativos criadores do Município e manter a sua existência.

Chama atenção neste estudo é que a norma inconstitucional foi objeto de fiscalização perante o Tribunal Constitucional pouco mais de três meses<sup>387</sup> após a sua edição. Ademais, um simples exercício de subsunção da lei aos preceitos constitucionais levaria à imediata análise de sua inadequação. Poderia a Corte determinar a suspensão cautelar da lei, conforme colocado pelo próprio relator em seu voto, na forma requerida pela parte autora e autorizada pelo seu regimento, a fim de garantir a eficácia da ulterior decisão da causa e de prevenir a concretização de fatos inconstitucionais:

Em boa-fé nutrida inclusive por este Tribunal, visto que a lei estadual é de 30 de março de 2.000 e a Corte poderia em julho do mesmo ano, quatro meses após, ter determinado a suspensão dos seus efeitos. Não o tendo feito, permitiu a consolidação da situação de exceção que a existência concreta do município caracteriza.

Embora de exceção, essa existência, **existência de fato**, decorrente da decisão política que importou a sua instalação como ente federativo dotado de autonomia municipal --- repito --- consubstancia uma situação consolidada, o *nomos* do seu território foi nele instalado. O Município legislou, de modo que uma parcela do ordenamento jurídico brasileiro é hoje composta pela legislação local emanada desse ente federativo cuja existência não pode ser negada.<sup>388</sup>

Todavia, o STF demorou mais de sete anos para julgar uma legislação flagrantemente inconstitucional, o que permitiu a sua aplicação por longo período e sua consequente estabilização no mundo dos fatos. Assim, poderia se vislumbrar uma possível concorrência de responsabilidade do Poder Judiciário pelos efeitos gerados pela lei infratora.

Deve-se atentar para que a mora do Judiciário, tão presente no mundo dos fatos e tão combatida pelas normas, não sirva de subterfúgio à edição de leis inconstitucionais geradoras de efeitos concretos e acabe, com isso, por entregar a estabilidade da ordem jurídica à abstração de conceitos jurídicos abertos e indeterminados.

#### 4.2.3 Análise do RE 709.212/ DF – Prazo Prescricional para cobrança de FGTS

<sup>387</sup> A ADI foi registrada em 06/07/2000, consoante consulta realizada junto ao sítio do STF em 16/06/2015 - <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1830215>>, enquanto que a Lei nº 7.619/ 2000 - BA data de 30/03/2000.

<sup>388</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2240*, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 27 de mai. 2015g, p. 289.

O Banco do Brasil S/A propôs Recurso Extraordinário contra decisão do Tribunal Superior do Trabalho, a qual reafirmou entendimento sedimentado na jurisprudência de que o prazo prescricional da pretensão às contribuições do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é de trinta anos.

A insurgência desafiava, assim, entendimento consolidado nos Tribunais Superiores, inclusive na Corte Constitucional, há mais de duas décadas, ao pretender a aplicação de prazo quinquenal para se cobrar valores não depositados no FGTS, com base no art. 7º, XXIX da Constituição Brasileira. Em decorrência disso, o recurso não fora admitido no Tribunal de origem e só foi apreciado pelo STF por meio de agravo provido, incumbida a relatoria ao ministro Gilmar Mendes.

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi criado pela Lei nº 5.107/1966, como opção para substituir ou compensar, de modo gradual, a estabilidade decenal existente à época. Citando João de Lima Teixeira Filho, a ministra Rosa Weber explicita o instituto:

*Individualmente, o FGTS é um crédito trabalhista, resultante de poupança forçada do trabalhador, concebido para socorrê-lo em situações excepcionais durante a vigência do vínculo de emprego ou na cessação deste, de forma instantânea ou em circunstância futura, conforme a causa determinante da cessação contratual.*<sup>389</sup>

Naquele tempo, a jurisprudência do TST firmou entendimento de que a natureza jurídica do FGTS seria previdenciária, em virtude de a lei do instituto impor que a cobrança judicial e administrativa dos valores devidos ao fundo deveria se dar de modo análogo à cobrança das contribuições à previdência. Em assim sendo, aplicável, seria, também, o prazo de trinta anos, previsto na Lei Orgânica da Previdência Social para cobrança das parcelas previdenciárias.

Com a promulgação da Constituição da República em 1988, o FGTS passou a ser regra e o recolhimento, compulsório. Em 1990, a Lei nº 8.036 e o Decreto nº 99.684 trouxeram nova disciplina ao fundo, mantida, todavia, a prescrição trintenária para cobrança respectivos valores:

art. 23  
[...]

<sup>389</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 709212, relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>>. Acesso em 27 de mai. 2015i, p. 52.

§ 5º processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, **respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.**<sup>390</sup>(grifos)

O Recurso Extraordinário, portanto, visava à declaração da inconstitucionalidade incidental do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990, e do art. 55, do Decreto nº 99.684/1990, na parte em que ressaltavam o “privilégio do FGTS à prescrição trintenária”. Por considerar a natureza jurídica do FGTS como direito do trabalhador disposto no art. 7º, III da Constituição Federal, o Banco recorrente aduzia violação ao inciso XXIX do mesmo artigo.

Dispõe a CRFB/88:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]III - fundo de garantia do tempo de serviço;

[...]XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;<sup>391</sup>

Reconhecida a repercussão geral da matéria levada a julgamento, o relator proferiu voto orientado à revisão da jurisprudência da Corte, de se aplicar o prazo prescricional de cinco anos, o qual foi acompanhado pela maioria dos ministros, à exceção de Teori Zavaski e Rosa Weber, que mantiveram o entendimento tradicional.

Os ministros também conferiram, por maioria, efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, vencido, neste ponto, o ministro Marco Aurélio.<sup>392</sup>

Portanto, com esse pronunciamento plenário, ocorrido em 13/11/2014, a Corte Constitucional passou a compreender que o prazo prescricional para cobrança de depósitos no FGTS é de cinco anos, entendimento este com efeitos prospectivos:

[...]para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão. Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte

<sup>390</sup>*Idem.* Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8036consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm)>. Acesso em 27 de mai. 2015j.

<sup>391</sup>*Idem.* Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 27 de mai. 2015k.

<sup>392</sup>*Idem.* Supremo Tribunal Federal. ARE 709212, relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>>. Acesso em 27 de mai. 2015i, p. 84.

até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento.<sup>393</sup>

Nesse aspecto, o objeto da pesquisa se restringe à análise do efeito diferenciado criado pelo STF, justificado na mudança de jurisprudência consolidada.

O relator, ministro Gilmar Mendes, propôs em seu voto a aplicação de efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, em razão da ruptura de paradigma que estaria se operando na Suprema Corte. Consignou que, quando há alteração de jurisprudência longamente adotada pelo STF, é praxe modular-se os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica.<sup>394</sup>

Em sua argumentação, Mendes rememora precedente do Conflito de Competência nº 7.204, de relatoria do ministro Carlos Britto:

[...]o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, **pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões**, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, **toda vez que proceder a revisões de jurisprudência** definidora de competência *ex ratione materiae*. **O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal** do Magno Texto.<sup>395</sup> (grifos)

O relator aditivamente utiliza em seu voto a autoridade de Larenz para explicitar a evolução jurisprudencial e a possível mutação constitucional que o caso indicava.

De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, freqüentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este **propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se ‘ajustar’ às novas relações**. É o factor temporal que se faz notar aqui.

[...]

Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem *toda* a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. **Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução - por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito - quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser ‘evidente’**.<sup>396</sup> (grifos)

O ministro relator, com o fim de enfatizar que a norma jurídica é resultado do processo interpretativo, faz alusão a Häberle. Ressalta que interpretar um ato normativo significa

<sup>393</sup>*Ibidem*, pp. 29-30.

<sup>394</sup>*Ibidem*, p. 18.

<sup>395</sup>*Ibidem*, p. 18.

<sup>396</sup>*Ibidem*, p. 19.

colocá-lo no tempo ou integrá-lo à realidade pública (*Einen Rechssatz “auslegen” bedeutet, ihn in die Zeit, d.h. in die öffentliche Wirklichkeit stellen – um seiner Wirksamkeit willen*) e, em decorrência disso, toda lei interpretada teria sua duração temporal limitada. Isto é, o texto passa por modificações na medida em que é confrontado com os fatos.<sup>397</sup>

Nessa linha, Mendes acrescenta a seguinte reflexão:

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre atos legítimos ou ilegítimos (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um processo de inconstitucionalização (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira. [...] Nesse caso, é, igualmente, compreensível, que uma nova orientação hermenêutica reclame cuidados especiais.<sup>398</sup>

Para esclarecer essa colocação, mais uma vez o ministro faz referência a Larenz:

O que é para os tribunais civis, quando muito, uma exceção, adequa-se em muito maior medida a um Tribunal Constitucional. Decerto que se poderá, por exemplo, resolver muitas vezes sobre recursos constitucionais de modo rotineiro, com os meios normais da argumentação jurídica. Aqui tão pouco faltam casos comparáveis. Mas nas resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. Ao Tribunal Constitucional incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico estadual e da sua capacidade de funcionamento. Não pode proceder segundo a máxima: *fiat justitia, pereat res publica*. Nenhum juiz constitucional procederá assim na prática. **Aqui a ponderação das consequências é, portanto, de todo irrenunciável**, e neste ponto tem KRIELE razão. Certamente que as consequências (mais remotas) tão pouco são susceptíveis de ser entrevistas com segurança por um Tribunal Constitucional, se bem que este disponha de possibilidades muito mais amplas do que um simples juiz civil de conseguir uma imagem daquelas. (grifos)

Destaca-se, nessa citação, a orientação de que o julgador, ao confrontar a realidade fática com a norma, deve agir com imparcialidade a fim de extrair sua nova interpretação constitucional:

Mas isto tem que ser aceite. No que se refere à **avaliação das consequências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à idéia de ‘bem comum’, especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito**. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível - e este é, seguramente, em larga escala o caso - da sua orientação política subjectiva, de

<sup>397</sup>*Ibidem*, p. 21.

<sup>398</sup>*Ibidem*, pp. 22-23.

simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, 'racional'.<sup>399</sup> (grifos)

Fazendo uma análise de casos emblemáticos do direito comparado e de julgados da própria Corte Constitucional, conclui que a mudança de jurisprudência proposta deve ser feita por meio de decisão com efeitos prospectivos, com base em razões de segurança jurídica.<sup>400</sup>

Explana o relator em seu dispositivo que a modulação da decisão visa resguardar as legítimas expectativas dos trabalhadores brasileiros, as quais se pautavam em manifestações, até então inequívocas, do Tribunal competente para dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição e da Corte responsável pela uniformização da legislação trabalhista.<sup>401</sup>

O ministro Celso de Mello, que acompanha o relator em seu voto, acrescenta que, juntamente com a declaração de inconstitucionalidade do art. 23, §5º, da Lei nº8.036/90 e do art. 55 do Regulamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (Decreto nº 99.684/90), não devem mais subsistir os enunciados nº 362<sup>402</sup> e 210<sup>403</sup>, do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.<sup>404</sup>

Ante a iminente mudança de entendimento da Corte Constitucional, Mello observa a relevância da sua não incidência sobre situações previamente consolidadas:

**Cabe lembrar, por oportuno, que esta Suprema Corte, tendo em vista as múltiplas funções inerentes à jurisprudência – tais como a de conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por elas abrangidas, a de atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, a de gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e a de preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado –, tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional (RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência derivada da ruptura de paradigma, a não incidência, sobre situações previamente**

<sup>399</sup> *Ibidem*, pp. 23-24.

<sup>400</sup> *Ibidem*, p.28.

<sup>401</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>402</sup> Antigo enunciado da súmula nº 362/ TST: “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-362](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-362)>. Acesso em 27 de mai. 2015l.

<sup>403</sup> Súmula nº 210/STJ: “A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 anos.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas do STJ*. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 27 de mai. 2015m).

<sup>404</sup> *Idem*. Supremo Tribunal Federal. ARE 709212, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7780004>>. Acesso em 27 de mai. 2015m, p.71.



consolidadas, dos novos critérios que venham a ser consagrados pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>405</sup> (grifos do autor)

Para tanto, rememora precedentes do STF em que foram concedidos efeitos limitados a declarações de inconstitucionalidade, inclusive naquelas em que havia relações de direito público, entre os quais destaca o Mandado de Segurança nº 26.603/DF, de sua relatoria:

**REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA.**

- Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal **desempenham** múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe **conferir previsibilidade** às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, **atribuir estabilidade** às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, **gerar certeza** quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados **de acordo com esses mesmos precedentes e preservar**, assim, **em respeito** à ética do Direito, **a confiança** dos cidadãos nas ações do Estado.

- Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, **enquanto** expressões do Estado Democrático de Direito, **mostram-se impregnados** de elevado conteúdo ético, social e jurídico, **projetando-se** sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, **sempre** que se registre alteração **substancial** de diretrizes hermenêuticas, **impondo-se** à observância **de qualquer** dos Poderes do Estado e, desse modo, **permitindo** preservar situações **já consolidadas** no passado e anteriores aos marcos temporais **definidos** pelo próprio Tribunal. **Doutrina. Precedentes.**

- A **ruptura** de paradigma **resultante** de **substancial** revisão de padrões jurisprudenciais, **com o reconhecimento do caráter partidário** do mandato eletivo proporcional, **impõe, em respeito à exigência** de segurança jurídica e **ao princípio** da proteção da confiança dos cidadãos, **que se defina o momento a partir** do qual terá aplicabilidade **a nova** diretriz hermenêutica.

- **Marco temporal** que o Supremo Tribunal Federal **definiu** na matéria ora em julgamento: **data** em que o Tribunal Superior Eleitoral **apreciou** a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, **respondeu, em tese, à indagação** que lhe foi submetida.” (MS 26.603/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).<sup>406</sup>

Após trazer breve histórico da adoção da técnica de decisão no direito americano (*prospective overruling*), Mello enfatiza:

*Em uma palavra: os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, situações já consolidadas no passado.*<sup>407</sup>(grifos do autor).

<sup>405</sup> *Ibidem*, p.72.

<sup>406</sup> *Ibidem*, pp. 72-73.

<sup>407</sup> *Ibidem*, p. 74.

Por outro lado, o ministro Marco Aurélio, conquanto compreenda que deva ser aplicado o prazo quinquenal, externa sua contrariedade à modulação temporal do *decisum*, semelhantemente ao que expôs na ADI 2.240/BA – Criação do Município Luís Eduardo Magalhães.

Tece, inicialmente, razões relacionadas à política judiciária:

Entender-se caber a modulação, a essa altura, implicará celeuma incrível. Implicará ensejar que aqueles que, até hoje, não entraram com a ação trabalhista possam entrar com essa mesma ação, em que pese o decurso dos dois anos a partir da cessação do contrato de trabalho, e também o decurso dos cinco anos. Em vez de estar-se solucionando uma problemática social, estar-se-á criando, sobrecarregando ainda mais a máquina judiciária, problema de estatura maior.<sup>408</sup>

Rememorando Rui Barbosa, Marco Aurélio ainda invoca argumentos políticos para fundamentar sua posição ortodoxa:

Por isso, sou contra a modulação, mesmo porque, toda vez que o Supremo modula uma decisão, estimula a edição de leis à margem da Lei Maior, que é a Constituição Federal: surge o famoso jeitinho – perdoem-me, não estou atribuindo a Vossas Excelências esse ato, porque sei que estão preocupados com a questão social. Salva-se, em detrimento do preceito constitucional, a Lei que com ele se mostrou conflitante. Sigo a linha de Rui Barbosa: a lei editada à margem da Constituição Federal é natimorta, é írrita, não produzindo efeitos.<sup>409</sup>

Desse modo, declarada a inconstitucionalidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.036/1990 e do art. 55 do Decreto nº 99.684/1990, a Suprema Corte concebeu novo entender relativo ao prazo prescricional do FGTS em substituição àquele assentado há décadas na jurisprudência, vencidos apenas os ministros Teori Zavascki e Rosa Weber. Diante da ruptura com o antigo posicionamento, a maioria dos ministros também preferiu limitar os efeitos da decisão, inclusive aqueles que entendiam constitucionais as normas impugnadas, exceto o ministro Marco Aurélio, que não aderiu à opção.

Destaca-se, neste julgado, a evolução da interpretação da norma em face dos novos contextos fáticos. Com efeito, foi substancialmente fundamentada a necessidade da mudança de jurisprudência em razão, principalmente, de um excesso de proteção dado pela lei ao trabalhador, a qual se mostra desarrazoada nos dias de hoje, diante dos múltiplos canais de informação disponíveis para ciência de eventual ofensa ao seu direito. Como colocado pelo

---

<sup>408</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>409</sup> *Ibidem*, pp. 69-70.

ministro Luiz Fux: *altro tempo altro diritto*; num novo tempo, tem que haver um novo Direito.<sup>410</sup>

De outra face, quanto à modulação, percebe-se que o seu fundamento dorsal – segurança jurídica – é discorrido pelos ministros de modo superficial. O próprio relator, conquanto traga rico estudo do direito comparado, apenas fundamentou a necessidade de limitação no caso concreto ao final, na parte dispositiva do seu voto. A propósito, a causa de restringir-se a decisão, nesse caso, foi tratada de modo tão frágil que quase se aproxima de uma presunção, de um fato notório, prescindível de argumentos.

---

<sup>410</sup> *Ibidem*, p.60.

## 4 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 ocupa o ápice do sistema normativo. É o documento político fundamental, necessário à consagração de direitos e ao estabelecimento de preceitos constitucionais mínimos, assim como à manutenção da sociedade politicamente organizada.

Dada a importância de que se reveste, o resguardo da sua autoridade e supremacia é imprescindível ao Estado Democrático de Direito em que se insere a ordem jurídica nacional, circunstância que se materializa por meio do controle de constitucionalidade das normas.

No que se refere especificamente a eventual reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição Federal, projeta-se, em regra, efeito retroativo às respectivas decisões, em razão da aplicação do princípio da nulidade, hábil a extirpá-la do mundo jurídico desde a sua origem.

A regra da nulidade, contudo, tem apresentado temperamentos pela Corte Constitucional, pois carece de maturação e se mostra insuficiente, dada a complexidade e pluralidade de que se revestem as relações sociais. Com efeito, há situações jurídicas em que a aplicação pura e simples do princípio da nulidade se afigura mais prejudicial do que a restrição dos efeitos da decisão declarada inconstitucional, especialmente por atingir outros princípios também consagrados na Carta Maior, como a segurança jurídica, a confiança e a boa-fé.

O contexto democrático em que foi promulgada a Constituição Federal, consagrando uma enormidade de direitos fundamentais e garantias aos cidadãos, passou, da mesma forma, a reclamar o exercício de uma tutela jurisdicional não mais estruturada no positivismo estrito, defendido por Hans Kelsen. A jurisdição pós-positivista deve ser pensada e refletida sem deixar de lançar os olhos à realidade social em que se insere, especialmente pela reconhecida e inquestionável influência que dela se extrai.

A modulação dos efeitos temporais às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, sob a mesma perspectiva, espelha essa proximidade do magistrado com a realidade social, demandada pelo ordenamento jurídico.

A respeito da perspectiva social das sentenças constitucionais, convém anotar que a nulidade da lei não implica, necessariamente, a nulidade dos atos com base nela praticados, mormente porque o cidadão, ao estabelecer relações jurídicas sob a égide de uma determinada lei ou de um ato normativo, acredita que estas se encontram protegidas pelo manto da legalidade.

Essa confiança depositada no sistema normativo decorre do princípio da segurança jurídica e afigura-se imprescindível para que a sociedade possa se nortear dentro do ordenamento jurídico. Desse modo, o Estado não pode, a despeito da teoria da nulidade, desconstituir, de forma precipitada, situações que se consolidaram amparadas por regras antes consideradas legais. Na hipótese, o efeito concreto se descola da norma e passa a ter autonomia jurídica, o que consubstancia exceção à máxima de que o acessório segue o principal.

De outro lado, eventual invalidação dos efeitos de uma lei algumas vezes poderia levar ao que Jellinek chama de “caos jurídico”. Portanto, embora seja regra a nulidade da lei inconstitucional, desde a sua origem, a Corte Superior percebeu que algumas situações mereciam ser tratadas de modo diverso. Essa maturação e sensibilidade em relação aos efeitos produzidos por leis inconstitucionais fez com que a modulação passasse a se revelar como alternativa necessária ao resguardo da segurança jurídica, sob os vieses objetivo e subjetivo.

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 9.868/1999, reclamada por parte considerável da doutrina e recepcionada de forma positiva pela maioria dos juristas, que viram nela a possibilidade de se ponderarem os interesses em disputa, de modo a sobrelevar os princípios da segurança jurídica, do interesse social e da boa-fé.

Por serem expressões que guardam alto grau de abstração, a segurança jurídica e o excepcional interesse social demandam uma fundamentação especial do aplicador do direito para alicerçarem a declaração restritiva de inconstitucionalidade, com argumentos sólidos, de forma a prevenir a má aplicação do dispositivo e eventuais arbitrariedades.

A opção do legislador pelos conceitos jurídicos indeterminados guarda relação com o mundo dos fatos. Em outras palavras, diante da impossibilidade de o Direito prever e regulamentar todas as relações jurídicas passíveis de ocorrer no mundo fático, por vezes, precisa se utilizar dos subsídios da generalidade e da abstração para tentar descrever ou prescrever regras e comportamentos realmente eficazes e adequados à realidade posta.

O emprego de conceitos imprecisos, contudo, não significa outorga para a aplicação da discricionariedade. Estando permitida a maior participação do aplicador na construção do sentido da norma, diante de conceitos jurídicos indeterminados deve o intérprete operar com muita cautela.

A modulação dos efeitos da decisão que declarar inconstitucional uma lei ou ato normativo deverá se dar a partir de uma ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, a ser realizado por meio de um juízo de proporcionalidade, de modo a justificar a

preponderância dos princípios que legitimam a mitigação dos efeitos, a saber, o da segurança jurídica e o princípio de relevante interesse social sobre o princípio da nulidade.

A análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, em que a Corte optou pela modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ARE nº709.212/DF), demonstra a ausência de critérios mais estreitos para consubstanciação da segurança jurídica e do interesse público relevante, podendo dar margem a decisões discricionárias pelo STF e, num momento mediato, fazer com que elas mesmas sejam causadoras de insegurança jurídica e ameaça ao Estado de Direito.

A propósito, a modulação de efeitos não pode ser deduzida com lastro em presunções. Pressupõe, além da integração dos conceitos indeterminados decorrentes da *segurança jurídica* e *excepcional interesse público*, fundamentação suficiente a justificar a sua utilização, até mesmo para resguardar a fiscalização dos atos judiciais, e a própria exigência constitucional consagrada pelo art. 93, IX.

Com efeito, a fundamentação das causas que subtraem a plenitude eficaz das decisões deve ser robusta, principalmente em um ordenamento jurídico processual que é inclinado à vinculação das decisões dos tribunais e que já admitiu a transcendência de suas decisões. Dessa forma, a exemplo do que ocorreu no ARE nº 709.212/DF, em que não se esperava outro comportamento da Corte Suprema, senão aquele que modulou os efeitos da respectiva declaração de inconstitucionalidade, é fato que tal presunção não pode servir de subterfúgio à insuficiência argumentativa, sob pena de se instalar grave quadro de instabilidade jurídica.

De igual forma, há situações em que o uso elástico do princípio da segurança jurídica para justificar a modulação dos efeitos que declara a lei inconstitucional pode redundar, *por mais contraditório que pareça*, em insegurança jurídica, porquanto tende a estimular a criação de leis inconstitucionais. Por tal razão, deve a Suprema Corte utilizar seu poder de fiscalização em tempo hábil a evitar a sedimentação de efeitos de leis flagrantemente inconstitucionais, a exemplo do que ocorreu com a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães (ADI nº 2.240/BA).

Ao ser possibilitado, pelo legislador, que o STF sustasse, inclusive liminarmente, os efeitos de leis inconstitucionais, a Corte deve utilizar esse poder-dever não só como forma de retirar a eficácia da lei do sistema normativo, mas especialmente de maneira a prevenir a estabilização dos seus efeitos. Essa *prevenção* exige uma compreensão *consequencialista* imediata, ou seja, tão logo lhe seja submetida a matéria à análise.

Ao agir preventiva e imediatamente, o Tribunal Constitucional desestimulará a criação de outras normas inconstitucionais, principalmente porque muitos se aproveitam da previsível demora do Judiciário para editar leis inconstitucionais e, abrigando-se no princípio da estabilidade das relações jurídicas e da boa-fé de terceiros que as pactuaram, clamar pela convalidação dos efeitos delas decorrentes. Em decorrência disso, acabam por promover seus interesses políticos.

Há que ponderar, porém, que a Corte Constitucional, apesar de, por vezes, agir de forma insuficiente quando do exercício do controle de constitucionalidade das leis, em outras, contudo, extrapola os poderes que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico, circunstância que coloca em xeque a legitimidade democrática da sua atuação.

Tal pôde ser observado na análise do RE nº 197.917/SP, em que o STF ampliou a possibilidade de limitação de efeitos do *decisum* fiscalizador ao controle incidental da norma e, ato contínuo, realizando operação matemática com a finalidade de interpretar a expressão “proporcionalidade” existente na Carta Federal, impôs, com eficácia transcendental, o número de vereadores que deveria compor cada Câmara, de acordo com o número de habitantes da respectiva municipalidade.

A par do excesso operado pelo STF na atuação de guardião da Constituição, quando limitou o número de vereadores das municipalidades, é possível vislumbrar que a modulação de efeitos prospectivos, verificada no caso, objetivou minimizar os impactos *negativos* não apenas sobre a realidade fática, mas especialmente sobre sua reputação como órgão político.

Deduz-se, finalmente, que a modulação de efeitos, no exercício do controle de constitucionalidade, é um passo irretrocessível na sistemática normativa constitucional do Estado Democrático de Direito, que se coaduna com os aclames sociais e com a dinamicidade das relações jurídicas.

Com efeito, ao lançar mão dessa alternativa, é recomendável que o STF se utilize de parâmetros mais estreitos, e não apenas de argumentos superficiais integrados a conceitos abertos, que ficam, com isso, banalizados. Estudos prévios sobre o impacto social e econômico, que fujam do lugar-comum da presunção, revestiriam de força as decisões limitadoras, tornando-as aptas a prevalecer sobre a regra da nulidade. Igualmente, à sociedade deve ser conferido o devido processo legal, também disposto na Constituição, por meio de um processo cujo tempo evite a consolidação de fatos inconstitucionais, respeitando-se, ademais, o limite de poder concedido pelo texto fundamental, a fim de garantir a legitimidade dos atos decisórios.

## 5 REFERÊNCIAS

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário, *Revista dos Tribunais*, ano 5, n. 18, p. 269, jan./mar. 1997.

ÀVILA Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, janeiro/fevereiro/março/março de 2010, p. 6. Disponível na Internet: <<http://direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-HUMBERTO-AVILA.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2015.

ÀVILA, Ana Paula. *A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AZAR FILHO, Celso Martins; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibeda. *Constituição, Estado e Direito: reflexões contemporâneas*. Rio de Janeiro: Qualilitymark, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. v. 4. t. III. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 85.

BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional. Fundamentos teóricos*. Volume I. São Paulo: Manole, 2005.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

\_\_\_\_\_. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. *Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965*. Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e as respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências.



Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-02-65.htm)>. Acesso em 29 de jun. de 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil* (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em 22 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil* (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em 22 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em 14 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 25 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Emenda Constitucional nº 57. Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/EMC57\\_18.12.2008/EMC57.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/EMC57_18.12.2008/EMC57.shtm)>. Acesso em 27 de mai. 2015h.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto Consolidado até a Emenda Constitucional nº 24 de 09 de dezembro de 1999. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_09.12.1999/art\\_29\\_.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_09.12.1999/art_29_.shtm)>. Acesso em 27 de mai. 2015c.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, 27. ed., São Paulo: Saraiva: 2001.

\_\_\_\_\_. *Constituição Política do Império do Brasil* (de 25 de março de 1824), elaborada pelo Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto n 510 de 22 de junho de 1890*. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo\\_norma=DEC&data=18900622&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s)>. Acesso em: 20 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977*. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/Emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm)>. Acesso em 10 mai. 2014.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 25, de 14 de fevereiro de 2000*. Altera o inciso VI do art. 29 e acrescenta o art. 29-A à Constituição Federal, que dispõem sobre limites de despesas com o Poder Legislativo Municipal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc25.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc25.htm)>. Acesso em 27 de mai. 2015d.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. In: Diário Oficial da União, Brasília, 11 nov. de 1999. Seção 1.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em 27 de mai. 2015a.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdão em Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 138. Relator Ministro Sydney Sanches. DJ 16 nov. 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI-MC.SCLA.+E+138.NUME.+E+19900214.JULG.&base=baseAcordaos>>. Acesso em 29 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. ADI: 2240 BA. Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279). Disponível: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi-2240.pdf>>. Acesso em 12 de mai. 2015.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. ADI-ED: 2728 AM, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 19/10/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-117 (DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00021 EMENT VOL-02292-01 PP-00074) e STF - MS: 26604 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 04/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-187 (DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-02 PP-00135 RTJ VOL-00206-02 PP-00626). Disponível: <<http://www.stf.jus.br/imprensa>>. Acesso em 12 de mai. 2015

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus nº 82959/SP, Relator: Marco Aurélio. Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 (PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510) . Disponível: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/hc-82959.pdf>>. Acesso em 12 de mai. 2015.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. RE 197917, relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em 27 de mai. 2015b.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 346.084, Rel. Ministro Ilmar Galvão, julgamento em 9/11/2005. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re-346084.pdf>>. Acesso em 12 de mai. 2015. Cf. voto de Ministro Carlos Velloso.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Rp: 980/SP, Relator: Moreira Alves. Data de Julgamento: 21/11/1979, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 19-09-1980. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697775/representacao-rp-980-sp>>. Acesso em 10 abr. 2015.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1984.

\_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, reimpressão 1999.

CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 23, n. 91, p. 135-140, jul./set., 1986. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113\\_791.pdf?sequence=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113_791.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 10 abr. 2014.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

CASTRO, João Bosco Marcial de. *O controle de constitucionalidade das leis: a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Parecer. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, n. 19, abr./jun. 1997.

CUNHA, Paulo Ferreira. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid juris, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso. *Revista Esmafe: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 12, mar. 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Volume I, 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madri: Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. Introdução: Sergio Sérvulo da Cunha. Tradução: Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLAUTAU FILHO, Paulo. *Direito Constitucional*: a primeira decisão judicial sobre o controle de constitucionalidade. Belém: Smith, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed., Lisboa, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Tradução: Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LEAL, Aurelino. *História constitucional do Brasil*. Edição fac-similar, 1915. Brasília: Senado Federal, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado do direito*: Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada inconstitucional*: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada. A questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Carlos Eduardo. *O golpe militar de 1964 e o Brasil*: passado e presente. Disponível em: <<http://www.blogdaboitempo.com.br>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. In: ÁVILA, Humberto Bergmann

(Org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva: termo de compromisso de cessação (TCC) ajustado com o CADE: critérios de interpretação contratual: os “sistemas de referência extracontratuais” (“circunstâncias do caso”) e sua função no quadro semântico da conduta devida: princípio da unidade ou coerência hermenêutica e “usos do tráfego”: adimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 95, n. 852, out. 2006.

MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial (um ante-projecto da Constituição Brasileira)*. Edição fac-similar, 1933. Brasília: Senado Federal, 2002.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed., São Paulo: Malheiros: São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, jul./ago./set., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 14 maio 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional, módulo V: controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed., São Paulo: Saraiva: 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Constitucional: preliminares o Estado e os sistemas constitucionais*. Tomo I. 8. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a independência dos tribunais brasileiros e portugueses: aspectos relevantes*. Lisboa – Portugal: Juruá Editora, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NEVES, Mariana Barbosa Baeta. *A modulação dos efeitos e sua aplicação em matéria tributária*. Disponível em: <[www.lex.com.br/doutrina](http://www.lex.com.br/doutrina)>. Acesso em 17 mar. 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Método, 2013.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed., São Paulo: RT, 2001.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. *A modulação temporal de efeitos dos provimentos jurisdicionais de controle de constitucionalidade: conteúdo essencial e aplicabilidade*. 2013. (Mestrado em Direito de Estado). Universidade de São Paulo. Disponível em: <[www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-02092014-170236](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-02092014-170236)>. Acesso em 11 de mar. 2015.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. *O controle de constitucionalidade: direito americano, alemão e brasileiro*. Porto Alegre: SAFE, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Luciano Elias. A modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 10, n. 42, out/dez/2010. Belo Horizonte: Forum.

SANCHES, Liliane. A modulação dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade em matéria tributária. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*, número 20 - jul./dez. 2012 - ISSN: 1678-9547 (versão impressa) - 1983-2303 (versão eletrônica).

SANTOS, Ana Carina. *Papel político do Tribunal Constitucional: o Tribunal Constitucional (1983-2008): contributos para o estudo do TC, seu papel político e politização do comportamento judicial em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade*. In: O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. *Eficácia temporal do controle de constitucionalidade: o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses das leis*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, abr./jun. 1998.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers État?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Breve história do controle de constitucionalidade*. Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 16 de julho de 2008. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library)>. Acesso em: 23 abr. 2014.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. *História e evolução do controle de constitucionalidade brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 out. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em 17 mar. 2015.

VILLAS-BÔAS, Marcos de Aguiar. Linguagem e argumentação: a sua importância para a interpretação no Direito Tributário. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2811, 13 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18681>>. Acesso em 10 mai. 2015.